Real- und Konsensualverträge
im heutigen bürgerlichen Recht.

Inaugural-Dissertation

zur Erlangung der Doktorwürde

der Juristischen Fakultät der Universität Breslau

vorgelegt von

Alfred Spaethe
Referendar
am Königlichen Amtsgericht zu Schmiedeberg i. R.

RNB

Borna-Leipzig
Buchdruckerei Robert Noske
1911.

Gedruckt mit Genehmigung der Juristischen Fakultät der Universität Breslau.

Referent: Professor Dr. Schott.
Korreferent: Professor Dr. Herbert Meyer.

Inhaltsverzeichnis.

Seite

Einleitung 1

Erstes Kapitel.

Historischer Teil.

Der Gegensatz von Realverträgen und Konsensualverträgen in seiner geschichtlichen Entwicklung.

A. Die Urgeschichte des obligatorischen Vertrages 2
B. Der Gegensatz von Real- und Konsensualverträgen im römischen Recht . 3
I. Realverträge als Vorstufe von Konsensualverträgen 3
a) Emptio venditio.
1. Der reale Manzipationskauf.
2. Der Kreditkauf des alten Zivilrechts.
3. Reste älteren Rechts im klassischen Konsensualkauf.
b) Locatio conductio.
1. Etymologie.
2. locatio conductio rei.
3. locatio conductio operarum.
4. locatio conductio operis.
c) Societas und mandatum.
II. Das römische Kontraktsystem der klassischen Zeit 11
III. Konsensualverträge als Fortbildung von Realverträgen 12
a) Die Innominatkontrakte und ihre Entwicklung.
b) Widersprüche im System der Innominatkontrakte durch Mischung realer und konsensualer Elemente.
C. Älteres deutsches Recht 15
I. Schuld und Haftung im alten deutschen Recht 15
II. Konsensuale Schuldverträge 15
III. Reale bezw. formale Haftungsverträge 16
a) Sachverhaftungsgeschäfte.
b) Personenverhaftungsgeschäfte.
1. Vergeiselung.
2. Leibliche Verbürgung.
c) Vermögensverhaftungsgeschäfte.
1. Vermögenseinsetzung.
α) Durch Wadiation.
β) Durch Urkundenbegebung
2. Begründung von Empfangshaftung.
3. Arrhalverträge.
IV. Zusammenwachsen von Schuld und Haftung in weiterer Entwicklung 20
V. Ergebnis 20
D. Der Gegensatz von Realverträgen und Konsensualverträgen in der italienischen Jurisprudenz des Mittelalters 21
I. Die Glossatoren 21
II. Die Kanonisten 21
E. Der Gegensatz von Real- und Konsensualverträgen im gemeinen Recht . . 22

Seite

Zweites Kapitel.

Dogmatischer Teil.

Die Brauchbarkeit des Gegensatzes von Real- und Konsensualverträgen im heutigen Recht.

A. Worin besteht der Gegensatz von Real- und Konsensualverträgen? 23
I. Negative Theorien: die res als Vertragsform 23
a) Die Theorie von der causa civilis.
(Heise, v. Wening-Ingenheim, Dankwardt, Keller, Eck.)
b) Die radikale Theorie von der mangelnden Existenzfähigkeit der Realverträge.
(Reinhold, Storch.)
II. Positive Theorien: die res als Vertragsinhalt 26
a) Die Theorie von der einseitigen Selbstbestimmung des Gebers.
(Brinz, Windscheid, Unger.)
b) Die Theorie von der sogen. Naturnotwendigkeit der Realverträge.
1. Die Hingabe als begriffliche Voraussetzung der Rückgabepflicht.
(v. d. Pfordten, Bähr, Cohn, Degenkolb, Demelius.)
2. Das Zweckverhältnis zwischen res und obligatio.
(Eisele.)
3. Die res als Qualitätserfordernis schlechthin.
(Adler.)
c) Die Theorie von den sogen. Gefälligkeitsgeschäften.
(Schloßmann.)
III. Entwicklung der eigenen Auffassung 38
a) Die res als Erfüllung einer condicio iuris.
b) Der Vorvertrag bei Real- und Konsensualverträgen.
B. Wie stellt sich das Bürgerliche Gesetzbuch zu dem Gegensatz von Real- und Konsensualverträgen? 44
I. Allgemeines 44
II. Spezielles 45
a) Darlehen.
b) Leihe.
c) Verwahrung.
d) Faustpfandvertrag.
C. Der Gegensatz von Real- und Konsensualverträgen in der Praxis 50
I. Parallele Ergebnisse beider Konstruktionen 50
a) Substantiierungspflicht bei Restitutionsklagen.
b) Mangel des Kompensationsrechts.
II. Vorzüge der konsensualen Konstruktion 52
a) Erfüllungsort.
b) Zinsanspruch des Darlehensgebers.
c) Substantiierungspflicht bei Zinsklagen.
d) Zeitpunkt des Vertragsschlusses.
e) Abtretbarkeit.
f) Pfändbarkeit.
g) Vollstreckbarkeit.
h) Beweislast bei Rückforderung einer ungerechtfertigten Bereicherung.
i) Tragweite des § 17 KO.
Schlußwort 60

Literaturverzeichnis.

Adler, Realkontrakt und Vorvertrag. In Iherings Jahrbüchern Bd. 31.
Bähr, Die Anerkennung als Verpflichtungsgrund. Kassel 1855.
Bähr, Urteile des Reichsgerichts mit Besprechungen. München und Leipzig 1883.
Bechmann, Der Kauf nach gemeinem Recht. Bd. 1 u. 2. Erlangen 1878.
Bekker, System des heutigen Pandektenrechts. Bd. 2. Weimar 1889.
Bekker, Die Aktionen des römischen Privatrechts. Bd. 1. Berlin 1871.
Brinz in seinen Kritischen Blättern Bd. 1.
Brunner, Deutsche Rechtsgeschichte. Bd. 2. 1892.
Bülau, Der Realvertrag. Rostocker Diss. 1906.
Cohn in Endemanns Handbuch des Handelsrechts. Bd. 3.
Cosack, Lehrbuch des deutschen bürgerlichen Rechts. Bd. 1. 4. Aufl. Jena 1903.
Crome, Die partiarischen Rechtsgeschäfte. Freiburg i. B. 1897.
Dankwardt, Nationalökonomie und Jurisprudenz. Heft 1—3. Rostock 1852.
Degenkolb, Platzrecht und Miete. Berlin 1867.
Degenkolb, Zur Lehre vom Vorvertrag. Im Archiv für die zivilistische Praxis. Bd. 71.
Demelius, Realkontrakte im heutigen Recht. In Iherings Jahrbüchern Bd. 3.
Dernburg, Das bürgerliche Recht des Deutschen Reichs und Preußens. Bd. 1 u. 2. 3. Aufl. Halle 1906.
Dernburg, Das Pfandrecht nach den Grundsätzen des heutigen römischen Rechts. Bd. 2. Leipzig 1864.
Eck in v. Holtzendorffs Rechtslexikon. Bd. 1. 1880.
Eisele in der Zeitschrift für schweizerisches Recht N. F. Bd. 3.
Endemann, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. Bd. 1. 9. Aufl. Berlin 1903.
Enneccerus, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. 5. Aufl. Marburg 1908.
Engelmann, Das bürgerliche Recht Deutschlands. 4. Aufl. Berlin 1900.
Erxleben, Die condictiones sine causa. Bd. 2. Göttingen 1853.
Fischer-Henle, Bürgerliches Gesetzbuch. 7. Aufl. München 1906.
Förster-Eccius, Preußisches Privatrecht. Bd. 2. 7. Aufl. Berlin 1896.
Gierke, Schuld und Haftung im älteren deutschen Recht. Heft 100: Untersuchung zur deutschen Staats- und Rechtsgeschichte. Breslau 1910.
Gierke, Deutsches Privatrecht. Bd. 2. 1905.
Geller, Der Vorvertrag. Erlanger Diss. 1908.
Girard, Geschichte und System des römischen Rechts. 4. Aufl., übersetzt von Mayr. Berlin 1908.
Heise, Grundriß eines Systems des gemeinen Zivilrechts. 3. Aufl. Heidelberg 1834.
Heusler, Institutionen des deutschen Privatrechts. Bd. 1 u. 2. 1885.
Huschke, Die Lehre des römischen Rechts vom Darlehen. Stuttgart 1882.
v. Ihering, Geist des römischen Rechts. Bd. 2, 2. 5. Aufl. Leipzig 1899.
v. Ihering, Beiträge zur Lehre von der Gefahr. In seinen Jahrbüchern Bd. 3.
Karsten, Die Lehre vom Vertrage bei den italienischen Gelehrten des Mittelalters. Rostock 1882.
v. Keller, Pandekten. Leipzig 1861.
Kippenberg, Der Einfluß der Eröffnung des Konkursverfahrens auf noch nicht erfüllte zweiseitige Verträge. Leipziger Diss. 1907.

Kohler, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. Bd. 2. Abt. 1. Berlin 1906.
Kohler, Über das Konsensualdarlehen. Im Archiv für bürgerliches Recht Bd. 2.
Kohler, Gesammelte Abhandlungen aus dem gemeinen und französischen Zivilrecht. Mannheim 1883.
Kohler in Bernhöfts Zeitschrift für vergleichende Rechtswissenschaft. Bd. 5.
Krahmer, Gegenseitige Verträge. Halle 1904.
Krahmer, Der Darlehensbegriff des Bürgerlichen Gesetzbuchs. Hallesche Diss. 1900.
Kuhlenbeck in der Juristischen Wochenschrift 1904 S. 226.
Lammfromm, Teilung, Darlehen, Auflage und Umsatzvertrag. Leipzig 1897.
Leist, Manzipation und Eigentumstradition. Jena 1865.
Leonhard, Institutionen des römischen Rechts. Leipzig 1894.
Matthiaß, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. 5. Aufl. Berlin 1910.
Mitteis, Römisches Privatrecht bis auf die Zeit Diokletians. Bd. 1. Leipzig 1908.
Mommsen, Die römischen Anfänge von Kauf und Miete. In seinen gesammelten Schriften Bd. 3. Berlin 1907.
Mommsen, Römische Geschichte. Bd. 1. 9. Aufl. Berlin 1903.
Oetker, Über den Einfluß der Eröffnung des Konkursverfahrens auf noch nicht erfüllte zweiseitige Verträge. In der Zeitschrift für deutschen Zivilprozeß Bd. 14.
Pernice in der Kritischen Vierteljahrsschrift Bd. 10.
Pernice, Marcus Antistius Labeo. Bd. 1. Halle 1873.
Petrazycki, Die Lehre vom Einkommen. Bd. 2. Berlin 1895.
v. d. Pfordten, Abhandlungen aus dem Pandektenrechte. Erlangen 1840.
Planck, Bürgerliches Gesetzbuch. Bd. 2. 3. Aufl. Berlin 1907.
Regelsberger in Endemanns Handbuch des Handelsrechts Bd. 3.
Reinhold, Die Natur der sogen. Realkontrakte. Wien 1888.
v. Salpius, Novation und Delegation. Berlin 1864.
v. Sarwey-Bossert, Die Konkursordnung für das Deutsche Reich. 4. Aufl. Berlin 1901.
Schapp, Der Vorvertrag zu Konsensualverträgen. Heidelberger Diss. 1909.
Scherler, § 610 BGB. Beiträge zur Lehre vom Realkontrakt und der clausula rebus sicstantibus. Greifswalder Diss. 1903.
v. Schey, Die Obligationsverhältnisse des österr. allgem. Privatrechts. Wien 1890.
Schloßmann, Das Darlehen auf fremden Namen. In Grünhuts Zeitschrift für das private und öffentliche Recht der Gegenwart Bd. 9.
Schloßmann, Über den Vorvertrag und die rechtliche Natur der sogen. Realkontrakte. In Iherings Jahrbüchern Bd. 45.
Seuffert, Zur Geschichte der obligatorischen Verträge. Nördlingen 1881.
Siegel, Der Handschlag und Eid nebst den verwandten Sicherheiten im deutschen Rechtsleben. Wien 1894.
Stammler, Das Recht der Schuldverhältnisse in seinen allgem. Lehren. Berlin 1897.
Stintzing, Die Vorverpflichtung im Gebiet der Schuldverhältnisse. Heft 1. Jena 1903.
Storch, Der heutige, insbesondere landrechtliche Darlehensvertrag. Berlin 1878.
Strzybny, Das Wesen des Baugeldervertrages. Breslauer Diss. 1909.
Thöl, Handelsrecht. Bd. 1. 6. Aufl. Leipzig 1879.
Unger in Iherings Jahrbüchern für Dogmatik Bd. 8.
Wendt, Reurecht und Gebundenheit. Heft 1. Erlangen 1878.
v. Wening-Ingenheim, Lehrbuch des gemeinen Zivilrechts. Bd. 2. München 1831.
Windscheid, Pandekten. Bd. 2. 9. Aufl. Frankfurt 1906.
Witte, Die Bereicherungsklagen des gemeinen Rechts. Halle 1859.

Einleitung.

Dreimal, sagt man, hat Rom die Welt erobert, zuerst mit dem Schwert seiner Legionen, dann mit dem Stab des römischen Bischofs, zuletzt mit seinem Recht, und die dritte Eroberung ist die größte unter ihnen.

Vorbehaltlos erkennen wir heute diese Großtat römischen Geistes an. Aber ungeachtet der Bewunderung, die wir dem römischen Recht als dem Produkt besonders hoher Begabung für die praktische Seite der Kultur entgegenbringen, dürfen wir doch niemals vergessen, daß es von Generationen und für Generationen geschaffen ist, die schon längst vom Wüstensand der Zeit verweht sind. Darum dürfen wir auch nicht jeden Rechtsgedanken, der dem römischen Rechte sein Leben verdankt, als ratio scripta hinnehmen und kritiklos auf moderne Verhältnisse zur Anwendung bringen. Es ist vielmehr Aufgabe moderner Wissenschaft, zu untersuchen, ob der einzelne Gedanke oder auch ein auf ihm beruhendes ganzes Rechtsinstitut den Anforderungen noch gerecht wird, die das rastlos pulsierende, komplizierte Leben der Gegenwart gebieterisch stellt. In dieser Beziehung soll auch die folgende Abhandlung einen Beitrag liefern.

Erstes Kapitel.

Historischer Teil.

Der Gegensatz von Real- und Konsensualverträgen in seiner geschichtlichen Entwicklung.

A. Die Urgeschichte des obligatorischen Vertrages.

Die Frage, ob für das heutige bürgerliche Recht der Gegensatz von Real- und Konsensualverträgen theoretisch oder praktisch noch verwendbar ist, steht in engstem Zusammenhang mit der geschichtlichen Entwicklung dieser beiden Gruppen von Verträgen. Hat man doch behauptet — ob mit Recht oder Unrecht, mag vorläufig dahingestellt bleiben —, daß der Gegensatz zwischen beiden nicht so ein juristisch-logischer, als vielmehr ein philosophisch-historischer sei, und daß infolgedessen die Streitfrage nur auf historischem Wege entschieden werden könne. Bevor wir an ihre eigentliche Lösung herangehen, werden wir daher auf die Geschichte des Real- und des Konsensualvertrages tiefer eingehen müssen, als es im ersten Augenblick angebracht erscheint. Aber dies nicht vergebens. Denn die historische Untersuchung wird uns wichtige Gesichtspunkte für die Lösung unserer Aufgabe an die Hand geben.

In der Zeit der Naturalwirtschaft, jener frühen Kulturstufe, die naturgemäß jedes Volk durchmacht, ist der obligatorische Vertrag noch nicht vorhanden. Der Güterumsatz beruht auf dem Tausch, dem einfachen Geben und Nehmen. Ein Vertrag ist erst dann perfekt, wenn er auf beiden Seiten erfüllt ist. Als dann mit steigender Kultur die Naturalwirtschaft von der Geldwirtschaft abgelöst wird, entwickelt sich aus dem Tausch der Kauf. Auch dieser ist als Real- bezw. Naturalkauf noch rein dinglich. Denn er ist erst dann geschlossen, wenn die Kaufsache übergeben und der Kaufpreis empfangen ist.[1] Die Kontrahenten haben auch noch ein Rücktrittsrecht. Von seiten der Rechtsordnung sucht man diesem dann entgegenzuwirken und setzt Vermögensbußen fest, die nach

[1] vgl. hierzu Leist, Manzipation und Eigentumstradition S. 63, 64.

dem Zeitraume, der seit dem Vertragsschlusse abgelaufen ist, staffelförmig gesteigert sind.[1])

So lernt man den Wert der Zeit schätzen. Und während man bisher nur der Gegenwart gelebt hatte, richtet man seinen Blick jetzt auch auf die Zukunft. Das Versprechen künftigen Tuns gewinnt Bedeutung. Der Vertrag, der bisher mit dem Augenblicke seiner Entstehung durch Erfüllung dahinfiel, erhält damit eine längere Lebensdauer. Aus dem Realgeschäft entwickelt sich das Zeitgeschäft. Mit der erhöhten Lebensfähigkeit der menschlichen Willenseinigung geht wieder Hand in Hand die Entstehung prägnanter Formen, der ihnen zugrunde liegenden Willensäußerungen. Die Vorleistung erhält einen symbolischen Charakter. Der Realkontrakt erhält seine definitive Ausprägung.

Einen interessanten Beleg hierfür bietet eine babylonische Urkunde aus der Regierungszeit Nabonids (555—538 v. Chr.), die durch eine Übersetzung von Straßmaier[2]) der modernen Rechtswissenschaft bekannt geworden ist.

Belrimanni verkauft darin sein Haus an Bel-ahe-iddin. Der letztere zahlt jedoch den Kaufpreis nicht alsbald an seinen Gegenkontrahenten, sondern an Nabu-ahe-iddin, also einen Dritten, als Depositum. Der Verkäufer soll es erst erhalten, wenn der Käufer das Haus innerhalb von vier Jahren in Besitz nimmt. Bis dahin soll es der Verkäufer behalten.

Nach heutigen Rechtsbegriffen würde ein gewöhnlicher Konsensualvertrag weit bequemer zum Ziele führen. Dieser Weg ist aber den vertragschließenden Parteien im alten Babylon noch verschlossen. Damit ist freilich nur bewiesen, daß der Realkontrakt älter ist als der Konsensualkontrakt. Unmittelbar lassen sich daraus noch keine Schlüsse auf die Stellung beider Vertragstypen zueinander und weiterhin auf die Verwendbarkeit dieses Gegensatzes für das heutige Recht ziehen. Wertvolleres Material wird uns nach dieser Richtung hin das römische Recht liefern.

B. Der Gegensatz von Real- und Konsensualverträgen im römischen Recht.

I. Realverträge als Vorstufe von Konsensualverträgen.

a) emptio venditio.

Daß die vier Verträge, die in klassischer Zeit als die Realverträge bezeichnet zu werden pflegen, schon im älteren römischen

---

[1]) vgl. Oppert in der Erläuterung einer babylonischen Kaufurkunde, in Bezold-Hommels Zeitschr. für Keilschriftforschung Bd. 1 S. 53.

[2]) vgl. Kohler in der Zeitschr. f. vergl. Rechtsw. Bd. 5 S. 383.

Recht Realverträge waren, versteht sich von selbst. Wichtiger ist es, daß allem Anscheine nach auch diejenigen Verträge, bei denen später „ausnahmsweise“ bloßer Konsens zur Perfektion genügt, in früherer Zeit Realverträge gewesen sind. Denn sie gerade sind für den Rechtsverkehr von allergrößter Bedeutung.[1]) Bei der Miete und insbesondere beim Kauf läßt sich der alte Realkontrakt quellenmäßig nachweisen. Bei mandatum und societas deuten freilich nur gewisse Spuren darauf hin, daß eine ähnliche Entwicklung vorangeht.

1. Der Kauf ist auch im alten Rom zuerst Realkauf. Er erscheint im Gewande der Manzipation.[2]) Diese ist in ältester Zeit — richtiger Ansicht nach — kein symbolischer Akt, sondern ein wirkliches reales Kaufgeschäft.[3]) Sie stellt sich als „von Rechts wegen garantierter“ Umsatz von Ware gegen Geld dar mit sofortiger Eigentumsübertragung. Vendere emere bedeutet ursprünglich weiter nichts als Geben und Nehmen.[4]) Von einem Schuldverhältnis ist bei dieser Art Kauf noch keine Rede. Dies folgt aus dem Manzipationsformular, von dem uns Gaius berichtet.[5]) Daß in ihm die Worte meum esse und is mihi emptus esto in einen gewissen Gegensatz gebracht sind, weist auf die vollzogene Sonderung von Eigentumsübergang und Kaufgeschäft hin. Zu einer weiteren Entwicklung in der Richtung des Zeitgeschäfts ist aber dieser alte Realkauf in Manzipationsform wenig geeignet.

2. Durch den Handelsverkehr mit den Mittelmeervölkern vervollkommnet sich das römische Obligationenrecht immer mehr. Das Versprechen künftiger Leistung heischt Anerkennung von seiten der Rechtsordnung. Das Zeitgeschäft tritt in die Welt der Erscheinungen.[6])

Bei dem bekannten konservativen Sinne der Römer kann man es durchaus verstehen, daß der Rechtsverkehr, statt für das neue Geschäft eine neue Form zu finden, lieber die althergebrachte

---

[1]) Nach Seuffert (Zur Geschichte der oblig. Vertr.) machten sie 90 % aller geschlossenen Verträge aus.

[2]) vgl. auch Mitteis, PrivR. Bd. 1 S. 256—258.

[3]) v. Jhering, Geist des röm. R. Bd. 2, 2 S. 538 ff.; Leonhard, Inst. S. 270; Bechmann, Kauf Bd. 1 S. 78.

[4]) Pernice, Labeo Bd. 1 S. 456; Mommsen, Gesamm. Schr. Bd. 3 S. 136.

[5]) Gaius I, 119: „Eaque res ita agitur: adhibitis non minus quam quinque testibus civibus Romanis puberibus et praeterea alio eiusdem condicionis, qui libram aeneam teneat, qui appallatur libripens, is, qui mancipio accipit, aes tenens ita dicit: hunc ego hominem ex iure Quiritium meum esse aio isque mihi emptur esto hoc aere aeneaque libra.

[6]) vgl. hierzu auch Girard S. 581.

Manzipationsform modifizierte. Es entsteht die sogen. mancipatio imaginaria, das Scheingeschäft, das uns bereits in den 12 Tafeln entgegentritt.[1]) Für den Fall des Kreditkaufes wird jetzt der Kaufpreis nicht mehr wirklich abgewogen und dem Verkäufer übergeben. Der Käufer begnügt sich damit, mit einem Erzstückchen an die Wage zu schlagen und es dem Verkäufer als Symbol der Kaufsumme zu übergeben. Denn ohne mancipatio kein Eigentumsübergang. Die eigentliche Kreditierung des Kaufpreises fällt also vollständig aus dem Rahmen der Manzipation heraus und steht mit ihr in keinem organischen Zusammenhang.

Allerdings ist diese Entwicklung nicht ganz unbestritten. Das immaginäre Moment in der Manzipation braucht nicht notwendig ein Symptom des Kreditkaufs zu sein. Es kann sich auch als Folgeerscheinung der römischen Münzreform insofern darstellen, als durch das Vorhandensein geprägter Münzen das Abwägen der Kaufsumme in Fortfall kommt. Verlegt man die Einführung gemünzten Geldes, wie früher allgemein geschah, in die Zeit des Servius Tullius oder in die des Numa Pompilius, so würde für die letzte Auffassung eine starke Wahrscheinlichkeit sprechen. Richtiger Ansicht nach ist die Münzreform aber ein Bestandteil der Dezemviralgesetzgebung.[2]) Demnach wird man also annehmen dürfen, daß die echte Manzipation als Realkauf und die imaginäre als Kreditkauf so lange nebeneinander bestanden haben, bis die Münzreform der Dezemvirn das imaginäre Moment zu einem notwendigen machte.

Leider ist es uns nicht überliefert, in welcher Form die Kreditierung des Kaufpreises vor sich gegangen ist. Daß sie in einer bestimmten obligatorischen Form erfolgt ist, versteht sich von selbst. Das einfache fidem sequi gehört einer späteren Zeit an. Sponsio und stipulatio können ebensowenig in Betracht kommen, weil sie zur Zwölftafelzeit wahrscheinlich auch noch nicht existierten. Es ist daher nach Bechmann[3]) wahrscheinlich, daß der Verkäufer „als Surrogat der Barzahlung die schärfste Forderung verlangt hat, die das Recht kennt", nämlich das nexum.

Von dem bereits angeführten Zeugnis des Gaius abgesehen, tritt uns der Kreditkauf der Zwölftafelzeit noch in § 41 Inst. de rer. div. II, 2 entgegen, einer Stelle, die vielfach zu Kontroversen

---

[1]) est autem mancipatio imaginaria quaedamvenditio, quod et ipsum ius proprium civium Romanorum est . . . Gaius I, 119.

[2]) vgl. Mommsen, Röm. Gesch. Bd. 1 S. 197 u. 450; Bechmann (Bd. 1 S. 157) weist darauf hin, daß so viele Ausdrücke des römischen Geschäftslebens vom Wägen hergenommen sind, und glaubt hieraus auf die späte Einführung der Münzen einen Schluß ziehen zu dürfen.

[3]) Bechmann a. a. O. S. 161, vgl. auch S. 348.

Anlaß gegeben hat. Näher kann hierauf nicht eingegangen werden.[2]) So viel aber läßt sich sagen, daß darin das Kreditgeschäft bereits eine hohe Vollkommenheit erreicht hat.

Vergegenwärtigen wir uns nach den gewonnenen Merkmalen den Kreditkauf des alten römischen Rechts, so weist dieser überall eine große Ähnlichkeit mit dem Realkauf auf. Beide unterscheiden sich eigentlich nur darin, daß beim ersteren statt des Kaufpreises eine Forderung die Gegenleistung bildet. Das dingliche Moment, das im Geben und Nehmen enthalten ist, bildet somit auch beim Kreditkauf immer noch die Basis, auf welcher der Vertrag geschlossen wird. Der Kauf des alten römischen Zivilrechts ist also Realkontrakt. Girard freilich (S. 582 Anm. 3) hält es für zweifelhaft, daß der Kauf Realkontrakt war, bevor er Konsensualkontrakt wurde, insbesondere weil ihm diese Anschauung „nicht im Einklange zu stehen scheint mit dem, was man von der beschränkten, schwierigen und zögernden Entwicklung der benannten und unbenannten Realverträge neben dem Darlehen weiß", und weil auch, wie er meint, durch diese Auffassung nicht alle Schwierigkeiten beseitigt werden. Girard ist vielmehr der Ansicht, daß der Kauf ursprünglich Verbalvertrag gewesen sei, oder genauer, daß er sich aus zwei Stipulationen zusammengesetzt habe, indem durch die eine der Käufer Gläubiger der Sache, durch die andere der Verkäufer Gläubiger des Preises wurde (a. a. O., vgl. auch S. 617). Diese Auffassung erscheint uns etwas künstlich und den einfachen Denkformen der ältesten Zeit nicht entsprechend. Auch ist es, wie bereits erwähnt wurde, mehr als zweifelhaft, ob die Stipulation in die Zeit vor den 12 Tafeln hinaufreicht.

Daß der Kauf schon in frühester Zeit und sogleich, nachdem er als Vertragstyp Anerkennung von seiten der Rechtsordnung gefunden hatte, Konsensualkontrakt gewesen ist, wie Bechmann u. a. behaupten, wird auch von Girard (S. 581) entschieden in Abrede gestellt.

Nach Bechmanns Ansicht unterscheiden sich Kauf- und Realvertrag in zwei Punkten: Dem Realvertrage ist die Schuld „immanent", beim Kaufvertrag ist das Kreditieren etwas rein Zufälliges. Beim Realvertrag bezieht sich die Schuld auf Rückgabe der anvertrauten Leistung, beim Kreditkauf „auf die Gegenleistung, die ihrerseits kein Objekt des Anvertrauens ist".[2])

Hiergegen ist nun einzuwenden, daß man zwischen schuldrechtlichen Verträgen, denen das Kreditieren immanent ist, und solchen, bei denen dies nicht der Fall ist, unmöglich unterscheiden

---

[1]) vgl. Bechmann Bd. 1 S. 342 ff.; and. M. Leist a. a. O. S. 69 ff.
[2]) Bechmann Bd. 1 S. 336.

kann. Alle Verträge des Obligationenrechts basieren schließlich auf einem Leistungsversprechen. Also ist ihnen das Kreditieren auch immanent. Ebensowenig kann das andere Argument Bechmanns durchgreifen. Das Moment des Anvertrauens, das von ihm beim Realvertrage so stark betont wird, findet sich auch beim Kreditkauf. In seinem „Vertrauen" sieht sich der Gläubiger ebenso getäuscht, wenn er den Kaufpreis nicht erhält, wie wenn er um die hingegebene Darlehenssumme oder um sein Depositum gebracht wird.[1])

3. Unterstützt wird die bisher vertretene Auffassung durch ganz eigentümliche Erscheinungen im klassischen Konsensualkauf, die nur als ein Niederschlag früheren Rechts verständlich sind und infolgedessen der Theorie große Schwierigkeiten bereitet haben.

aa) In erster Linie handelt es sich um die beiden klassisch-römischen Rechtsregeln „periculum est emptoris" und „commodum eius esse debet, cuius periculum est". Daß diese auf modern konsensualer Grundlage entstanden sind, ist schon deshalb unwahrscheinlich, weil sie den praktischen Bedürfnissen des Rechtsverkehrs wenig entsprechen.[2]) Ihr eigentlicher Grund ist vielmehr in der alten Realnatur des Kaufgeschäfts zu suchen. Ihre Entstehung wird von Petrazycki (a. a. O. S. 43) in außerordentlich interessanter Weise entwickelt: Mit dem in ältester Zeit stets Zug um Zug erfolgenden Austausch von Ware und Geld war der Kauf perfekt, das Eigentum übergegangen. Konnte jetzt der Käufer seine Sache nicht sogleich mit sich nehmen, so half er sich, indem er sie dem Verkäufer in Verwahrung gab. Die Gefahr trug hier natürlich der Käufer. Dafür hatte er auch die Fruchtziehung. Sein Anspruch gegen den Verkäufer ging jetzt auf Rückgabe, war also keine sogen. actio ad id consequendum, quod eius non fuit. Als sich mit steigendem Verkehr dieser Zustand als ungenügend erwies, fiel die lästige Formalität der wirklichen Eigentumsübertragung fort. Die nackte Willenseinigung trat an ihre Stelle. Abgesehen hiervon wurde an der herkömmlichen Gestaltung nicht gerüttelt. So war auf kürzerem Wege derselbe Erfolg erzielt. Juristisch betrachtet, ist jetzt aber der Verkäufer nicht mehr Verwahrer, sondern immer noch Eigentümer. Der Anspruch des Käufers ist jetzt eine actio ad id consequendum, quod eius non fuit. „Der ursprüngliche Restitutionsanspruch beim realen Tauschgeschäft ist in den konsensualen Leistungsanspruch übergegangen."[3])

---

[1]) vgl. hierzu Bülau a. a. O. S. 42.

[2]) A. A. freilich Jhering in seinen Jahrb. Bd. 3 S. 461. Gegen ihn gut Petrazycki, Einkommen Bd. 2 S. 45, 46.

[3]) Petrazycki a. a. O. S. 47.

bb) Ein zweites Argument für die ursprüngliche Realnatur des Kaufes liegt in den Voraussetzungen der usucapio beim Konsensualkauf.[1]) Ursprünglich wird guter Glaube nur im Augenblicke des Vertragsschlusses verlangt, in späterer Zeit außerdem bei der Übergabe; ein deutlicher Hinweis darauf, daß ursprünglich beides zusammenfiel.

cc) Ein weiteres Moment, das auf den alten Realvertrag hindeutet, ohne mit den beiden vorigen in Widerspruch zu stehen, ist der Satz, daß durch die Tradition das Eigentum nicht übergeht, wenn nicht vorher der Kaufpreis gezahlt oder kreditiert ist. Vom Gesichtspunkte des reinen Konsensualvertrages aus gesehen, fehlt diesem Grundsatz die innerliche Berechtigung. Denn aus der Willenseinigung fließt, wie Pernice (a. a. O. S. 461) treffend sagt, unmittelbar die Pflicht zur Eigentumsübertragung, und es ist daher kein Grund vorhanden, weswegen die Erfüllung dieser Pflicht bis zum Augenblick der Gegenleistung unmöglich sein soll.

dd) Den Schlußstein für das Gebäude liefert schließlich die exceptio non adimpleti contractus. Wird sie vom Käufer erhoben, so hat er nach römischer Lehre, die auch im modernen bürgerlichen Recht zur Herrschaft gelangt ist, nicht die Nichterfüllung von seiten des Verkäufers, sondern der Verkäufer hat die Erfüllung zu beweisen. Hätte sich diese exceptio aus dem Konsensualvertrag entwickelt, so würde die Beweislast, wie z. B. bei der exceptio doli, dem Beklagten obgelegen haben. Man sieht aber den Verkäufer als denjenigen an, der mit der Erfüllung des Vertrages den Anfang machen muß. Die beiden im Kauf enthaltenen Leistungen gelten eben nicht als gleichwertig. Die Vorleistung des Verkäufers ist das „unerläßliche Merkmal des Kaufvertrages“, eine Auffassung, aus der die alte Realnatur des Kaufvertrages evident hervorgeht.

b) Locatio conductio.

1. Bei der Miete haben wir im römischen Recht eine ganz ähnliche Entwicklung zu verzeichnen. Das geht schon aus der Etymologie der Worte „locatio conductio“ hervor. Locare bedeutet ursprünglich weiter nichts als „stellen“, „hinstellen“, „einer Sache einen Platz geben“, worauf das Wort in etwas veränderter Anwendung wahrscheinlich bald in dem Sinne gebraucht worden ist: „seine Sache an den Mann bringen“.[2]) Degenkolb[3]) hat locare und locus miteinander in Verbindung gebracht und daraus

---

[1]) vgl. Pernice, Labeo Bd. 1 S. 464.
[2]) vgl. hierzu Girard S. 118 Anm. 6.
[3]) Degenkolb, Platzrecht u. Miete S. 134.

den Schluß gezogen, daß locare zuerst die Bedeutung von „in Pacht geben einer Parzelle“ gehabt habe. Diese etymologische Erklärung, die u. E. manches für sich hat, wird aber gegenwärtig vielfach, auch wohl von Girard, in ihrer Richtigkeit bestritten (vgl. seine Ausführungen S. 617). Daß das Wort conducere vom Stamme „duc“ seine ursprüngliche Bedeutung von „führen“ sogleich abgelegt hat, wie Bülau (a. a. O. S. 43) meint, ist durchaus nicht erforderlich. Es bedeutet eben „eine Sache mit sich nehmen“, so wie man bei uns noch in einem etwas ironischen Sinne von „sich zu Gemüte führen“ spricht und darunter „nehmen“ versteht. Locare conducere bedeutet im Anfang der Entwicklung also nichts anderes als „Geben“ und „Nehmen“, genau so wie vorhin vendere emere.[1])

2. Von nun an müssen wir aber die locatio conductio rei und die locatio conductio operarum und operis gesondert behandeln. Denn jede geht ihren eigenen Weg. Auf die alte Realnatur der Sachmiete weist vor allen Dingen der Satz hin, daß der Mieter noch in klassischer Zeit nur so weit zur Leistung des Mietzinses verpflichtet ist, als ihm das frui der Sache gewährt wird. Der Zins wird folglich postnumerando gezahlt, der Vermieter hat die Vorleistungspflicht. Es steht Leistung gegen Leistung, nicht Versprechen gegen Versprechen.[2]) Wenn Girard meint: die Zinsforderung des Vermieters entstehe zwar nur nach Maßgabe des gewährten Genusses, habe aber wohl ihren Keim im vorausgehenden (Konsensual-)Vertrage, so ist diese Argumentation für die in der klassischen Zeit übliche Konstruktion der Sachmiete gewiß richtig. Indem wir dies zugeben, glauben wir jedoch nicht in Widerspruch mit der bisher von uns vertretenen Auffassung zu geraten.

Die Nichtexistenz eines klagbaren Anspruchs des Mieters gegen den Vermieter vor geschehener Leistung läßt sich in Ermanglung von Quellenstellen aus ältester Zeit nicht nachweisen. Doch spricht u. E. eine starke Wahrscheinlichkeit dafür, daß ehedem ein solcher Anspruch nicht bestanden hat.

Dies folgt auch aus der Möglichkeit einer Kombination von Miete und precarium, die von Ulpianus in l. 10 D. 41, 2 und von Julianus in l. 33 § 6 D. 41, 3 zugegeben wird. Beim precarium, der Leihe auf beliebigen Widerruf, kann von einem Anspruch des Entleihers auf Belassung der Sache nicht die Rede sein. Der Verleiher ist jederzeit in der Lage, die Leihe zu widerrufen. Eine vertragsmäßige Beschränkung des Widerrufsrechts

---

[1]) vgl. Mommsen, Gesamm. Schr. Bd. 3 S. 134 ff.
[2]) Pernice a. a. O. S. 467.

ist ausgeschlossen, da in diesem ein essentiale des precarium enthalten ist. Wäre die Miete an den erwähnten Stellen als contractus bilateralis aequalis aufgefaßt, so wäre ein Nebeneinanderbestehen von Miete und precarium begrifflich unmöglich.[1])

Auch aus der eigentümlichen Erscheinung, daß in klassischer Zeit dem Mieter ein dingliches Recht an der Sache nicht zukommt, kann ein Argument gegen unsere Auffassung nicht hergeleitet werden. Sie hat nach Pernice (a. a. O. S. 467/68) einen wirtschaftlichen und einen juristischen Grund. Einen wirtschaftlichen darin, daß nur gewöhnliche Leute, tenuiores, zur Miete wohnten,[2]) und es nicht im Sinne des allmächtigen Kapitalismus lag, diesen Leuten einen besonderen Rechtsschutz angedeihen zu lassen; und einen juristischen darin, daß die römische Jurisprudenz in der Bestellung eines dinglichen Rechts auf Zeit einen inneren Widerspruch erblickte. Daß in dieser Gestaltung des Mietverhältnisses etwas Künstliches liegt, wird auch von Dernburg[3]) hervorgehoben.

3. Ein weiteres Bedenken gegen die ursprüngliche Realnatur der Miete macht Bekker[4]) auf Grund der beiden anderen Zweige der locatio conductio geltend. Betrachten wir daraufhin zuerst die locatio conductio operarum, so ergibt sich aber, daß sie sich in ältester Zeit von der locatio conductio rei in nichts unterscheidet. Sie betrifft durchweg die Arbeitsleistung einer beweglichen Sache, eines Sklaven oder eines Tieres, d. h. die Sache selbst. Und daß dann die gleichen Grundsätze gelten wie bei der locatio conductio rei, ist selbstverständlich.

4. Die locatio conductio operis weicht dagegen von der locatio conductio rei von Anfang an stark ab. Zwar wird sie in den Quellen bisweilen als „Kauf" bezeichnet und als solcher behandelt. Damit ist uns aber nicht gedient. Denn diese Art Kauf (das Einziehen der Staatssteuern, die Anfertigung eines Schwertes) läßt sich schwerlich jemals als Realkontrakt auffassen. Schon deshalb nicht, weil hier das dingliche Moment, die Übertragung des Eigentums fehlt. Vielleicht ist aber das Alter der locatio conductio operis, die doch auf Arbeitsteilung zugeschnitten ist und infolgedessen eine ziemlich hohe Kultur voraussetzt, kein so hohes, wie gewöhnlich[5]) angenommen wird. Warum sollte es unmöglich sein, daß die locatio conductio operis den beiden anderen Formen der locatio conductio erst dann an die Seite

---

[1]) vgl. auch Bülau, Realvertrag S. 45.
[2]) Die Wohnungsmiete erscheint in dieser Zeit als Sachmiete katexochen.
[3]) Pfandrecht Bd. 2 S. 65.
[4]) Aktionen Bd. 1 S. 159 Note 77.
[5]) vgl. Pernice S. 468; vgl. auch Girard S. 617.

trat, als diese bereits Konsensualverträge waren? Jedenfalls bringt der Einwand Bekkers die von uns bisher vertretene Auffassung nicht zu Falle.

c) Societas und mandatum.

Ob auch die Auftragsübernahme sich in ältester Zeit als Realvertrag darstellt, ist freilich nicht so sicher. Ein Nachweis erscheint hier vollständig ausgeschlossen, da für die Urgeschichte dieses Vertrages Quellenmaterial nicht existiert. Nur ganz schwache Spuren scheinen darauf hinzudeuten. So das Rücktrittsrecht, das sowohl der Auftraggeber wie der Beauftragte hat, letzterer allerdings nur, wenn ein wichtiger Grund vorliegt. Ferner besteht eine gewisse Wahrscheinlichkeit dafür, daß die Erfüllungspflicht des Beauftragten und seine Pflicht zur Herausgabe des erlangten Gewinnes die Übergabe der erforderlichen Ausführungsmittel von seiten des Auftraggebers zur Voraussetzung gehabt haben.[1])

Ebenso unsicher ist das Bestehen eines ursprünglichen Realkontraktes bei der societas. Vielleicht bieten die Worte von Modestinus,[2]) daß ein Gesellschaftsvertrag re et verbis et per nuntium geschlossen werden könne, nach dieser Richtung hin einen Anhalt.

II. Das römische Kontraktsystem der klassischen Zeit.

Betrachten wir das Ergebnis unserer bisherigen historischen Untersuchung, so sehen wir also, daß in altrömischer Zeit der Rechtsverkehr der Individuen untereinander völlig unter der Herrschaft des Realvertrages steht. Außer Darlehen, Leihe, Verwahrungs- und Pfandvertrag sind Kauf, Miete und vielleicht noch andere Verträge „Realverträge". Solange die Römer noch ein ausschließlich ackerbautreibendes Volk sind und jeder auf eigener Scholle produziert, was er braucht, genügt dieser Rechtszustand vollauf. Mit dem Aufblühen von Handel und Gewerbe und der steigenden Bedeutung des Kapitals erweisen sich die alten Formen des Rechtsverkehrs als zu eng. Neue werden geschaffen. Einzelne Vertragstypen bleiben in der Entwicklung zurück. Andere treten mehr in den Vordergrund. So entsteht das Kontraktsystem der klassischen Periode. Natürlich ist diese Entwicklung

---

[1]) Es kann hier auf die Ausführung von Bülau verwiesen werden a. a. O. S. 45ff.; vgl. auch Eisele in der Zeitschr. f. schweiz. R. Bd. 3 S. 18; Demelius in Iherings Jahrb. Bd. 3 S. 410; vgl. zu der Frage auch Huvelin bei Daremberg und Saglio Bd. 1 1904 S. 138 v. obligatio (zit. nach Girard).

[2]) l. 4 D. 17, 2.

nicht auf einmal in Gestalt einer großen Umwälzung vor sich gegangen. Sie hat sich ganz allmählich, Schritt für Schritt vollzogen.

Sehen wir uns dieses Vertragssystem etwas genauer an, so finden wir den Literal- und den Verbalkontrakt, letzteren mit nahezu unbegrenzter Verwendbarkeit. Mutuum, depositum, commodatum und pignus sind Realverträge geblieben.[1] Ihre Geltung ist an den Empfang einer Leistung geknüpft. Diejenigen Verträge aber, die im Verkehr die allererste Rolle spielen, sind Konsensualverträge geworden. Bei ihnen genügt zur Klagbarkeit „ausnahmsweise" die nackte Willenseinigung der Kontrahenten. Im übrigen gilt der Satz „nuda pacta non pariunt actionem".

III. Konsensualverträge als Fortbildung von Realverträgen.

a) Die Innominatrealkontrakte und ihre Entwicklung.

Unsere Darstellung der geschichtlichen Grundlagen des Gegensatzes von Real- und Konsensualverträgen bliebe ein Torso, wollten wir uns mit dem bisher Erreichten begnügen. Im folgenden werden wir, auf die Geschichte der sogen. Innominatkontrakte gestützt, nachzuweisen versuchen, daß eine Fortbildung des Realvertrages mit logischer Notwendigkeit in den Konsensualvertrag hineinführt.

Ursprünglich nuda pacta, durchlaufen die Innominatkontrakte das Übergangsstadium des Realvertrags und werden Konsensualverträge. Die Entwicklung beginnt im prätorischen Recht. In einzelnen bestimmten Fällen erhält die bloße Willenseinigung der Parteien bei Rechtsgeschäften, die nicht zum Kontraktsystem gehören, rechtliche Anerkennung von seiten des Prätors. So entstehen die pacta praetoria. Diese umfassen in gewissem Sinne alle Vereinbarungen, die iure praetorio durch actiones in factum geschützt waren, bevor sie als Verträge durch actiones civiles in ius geschützt wurden. Sie umfassen aber namentlich auch diejenigen Vereinbarungen, die, wie Schiedseid und Schuldversprechen, niemals als zivilrechtliche Verträge anerkannt wurden, sondern nur durch prätorische actiones in factum geschützt waren.[2] In der Kaiserzeit kommen die pacta legitima hinzu, Vereinbarungen über Bestellung einer dos, über eine Schenkung, einen Schieds-

---

[1]) Der Grund, warum das mutuum in der Entwicklung zurückblieb und nicht wie Kauf und Miete Konsensualvertrag wurde, liegt darin, daß sich den Römern in der stipulatio ein weit bequemerer Weg bot. Vgl. hierzu Kohler, Abhandl. S. 48.

[2]) vgl. Girard, System S. 651.

spruch, die von nun an ebenfalls klagbar sind. Ist aber ein nudum pactum auf eine gegenseitige Leistung gerichtet und leistet eine Partei vor, so wird die Annahme der Vorleistung als Begründungsform angesehen und dieser Vertrag als Realvertrag rechtlich geschützt. Erst in einzelnen, dann in einer stets steigenden Zahl von Fällen erhält der Vorleistende eine Klage, die verabredete Gegenleistung zu erzwingen. Zum Unterschiede von den vier Realverträgen, die besondere Namen tragen, spricht man solchenfalls im Justinianischen Recht von einem „unbenannten" Realvertrage, einem Innominatrealkontrakt. „Er ist durch eine Klage geschützt, die die Kompilatoren actio praescriptis verbis nennen, und die nach einer von den Digesten (l. 5 pr. 19, 5) beliebten Einteilung gegeben war, mochte der Leistende eine Eigentumsübertragung oder eine andere Leistung gemacht haben, um von dem anderen Teile eine Eigentumsübertragung oder eine andere Leistung zu erhalten, und die Vereinbarungen demnach auf do ut des, do ut facias, facio ut des oder facio ut facias gerichtet sein."[1])

b) Widersprüche im System der Innominatkontrakte durch Mischung realer und konsensualer Elemente.

Die Entwicklung ist aber im römischen Recht nicht zum Abschluß gelangt, sondern auf halbem Wege stehen geblieben. Daher krankt das System an einem inneren Widerspruch, der in der rechtlichen Konstruktion durch die Vermischung realer und konsensualer Elemente zum Ausdrucke kommt. Den Rechtsgrund der Vorleistung bildete nämlich zu Anfang die versprochene Leistung des Gegners. Erhielt man diese nicht, so konnte nur die Herausgabe der Vorleistung, weil zu Unrecht erfolgt, mit der conditio ob causam datorum erzwungen werden. Mit der rechtlichen Anerkennung der Innominatrealverträge von seiten der Rechtsordnung erscheint dann als Rechtsgrund der Vorleistung nicht die Gegenleistung allein, sondern außerdem noch die Verpflichtung zu ihr. Neben die condictio tritt der erzwingbare Anspruch auf Erfüllung. In Wirklichkeit ist jetzt nur das obligatorische Verhältnis für die Gegenleistung kausal. Das ist aber den Römern nicht zum Bewußtsein gekommen. Oder wenn ihnen der Widerspruch mit dem Wesen des obligatorischen Vertrages aufgefallen ist, so haben sie sich doch von der Anschauungsweise der älteren Zeit nicht losmachen wollen.[2])

---

[1]) Girard, System S. 638.

[2]) vgl. hierzu Wendt, Reurecht S. 43—48; vgl. auch Girard, System S. 637.

Die neuere Theorie hat sich vergebens abgemüht, den Widerspruch zu beseitigen und das fortbestehende Konditionsrecht durch eine brauchbare rechtliche Konstruktion zu stützen. Viel Zeit und Scharfsinn hat man auf diese undankbare Materie verschwendet.

Bekker[1]) meint, daß man sich mit der Aufhebung des Rücktrittsrechtes nicht übereilte, habe seinen Grund in der Art des Eindringens und der Verbreitung des neuen Rechtsmittels gehabt, das jeden einzelnen Fall sich gleichsam erst erobern mußte. Man habe den alten Schutz nicht aufgeben dürfen, bevor man des neuen gewiß war. Das ist sicherlich richtig, aber über den Widerspruch kommen wir damit nicht hinweg.

Von besonderem Interesse, weil für unsere Auffassung außerordentlich instruktiv, sind die seltsamen Konstruktionsversuche derjenigen Schriftsteller,[2]) die bei den Innominatverträgen „do ut facias" das Konditionsrecht mit Hilfe des Mandats begründen wollen. Teils behandeln sie solche Verträge geradezu als Mandat, teils sehen sie das Konditionsrecht nur als etwas vom Mandat übertragenes an.

Sie stützen sich bei ihren Erörterungen gewöhnlich auf zwei Digestenstellen (l. 5 pr. D. 12, 4 und l. 5 § 2 D. 12, 4), wo Ulpian dem vorleistenden Kontrahenten nach erfolgter datio ob rem ein Rückforderungsrecht zuspricht.

Daß solche Konstruktionsversuche verfehlt sind, hat schon Bekker[3]) treffend nachgewiesen. Zwar werden bei der datio ob rem die getroffenen Vereinbarungen häufig mit einem Mandat inhaltsgleich sein. Der angestrebte Erfolg wird sich nicht selten mit Hilfe des Mandats ebenso wie durch datio ob rem erreichen lassen. Und dann werden sich im konkreten Falle die beiden Rechtsgeschäfte sehr ähnlich sehen. Daraus folgt aber, wie Bekker richtig hervorhebt, noch lange nicht, daß ein und dasselbe Geschäft gleichzeitig Mandat und datio ob rem sein kann. Die beiden Begriffe schließen sich gegenseitig aus. Die datio ob rem basiert darauf, daß jeder der beiden Kontrahenten ein Äquivalent für sein dare facere bekommt. Vom Mandat gelten dagegen die Sätze „mandatum nisi gratuitum nullum est", „originem ex officio et amicitia trahit". Ein Realvertrag kann nicht zugleich auch Konsensualvertrag sein.

Gleichwohl kann man sehr wohl verstehen, wieso man zu dieser unmöglichen Auffassung gekommen ist. Der römische

---

[1]) Aktionen Bd. 1 S. 127.

[2]) Witte, Bereicherungsklagen S. 118; Pernice, Krit. VSchr. Bd. 10 S. 118 ff.; Erxleben, condictiones S. 229/30.

[3]) Aktionen Bd. 1 S. 129 ff.

Innominatrealvertrag, in dem Rückforderungsrecht und Erfüllungsanspruch nebeneinander hergehen, ist eben etwas Unfertiges, ein Zwitter. Daß die Entwicklung, wie ehedem bei Kauf und Miete, dem reinen Konsensualvertrage zustrebt, ist unverkennbar. Daß sie in Rom nicht zum Abschluß gelangt, hat seinen Grund in dem Verfall des römischen Reiches und in der Entartung der römischen Jurisprudenz in nachklassischer Zeit. Mit dem Augenblicke, wo die bloße Willenseinigung der Kontrahenten zur Regel wird, verschwinden die Innominatkontrakte von der Bildfläche. Sie gehen in den Konsensualkontrakten restlos auf. Bevor wir auf diese weitere Gestaltung, mit der die Brücke zum modernen Recht geschlagen wird, näher zu sprechen kommen, sei es gestattet, auch einen kurzen Blick auf das alte deutsche Recht zu werfen.

C. Älteres deutsches Recht.

I. „Jede Betrachtung des alten deutschen Schuldrechts", sagt Otto Gierke,[1]) „muß von dem Dualismus von Schuld und Haftung ausgehen. Sie muß sich stets vor Augen halten, daß das Schuldrecht als solches kein ‚Obligationenrecht' war, sondern durch ein selbständiges haftungsrechtliches System ergänzt wurde, das seinerseits ein Schuldrecht voraussetzte, aber nicht einschloß." Dies werden auch wir zu berücksichtigen haben, wenn wir darstellen wollen, welche Rolle Real- und Konsensualverträge im alten deutschen Recht gespielt, und in welchem Verhältnis sie zueinander gestanden haben.

II. In der älteren Literatur wird allgemein die Ansicht vertreten, daß es im alten deutschen Recht zur Gültigkeit eines Schuldvertrages einer Form nicht bedurft habe.[2]) Nachher wurde herrschende Ansicht, daß zur Gültigkeit eines Schuldvertrages entweder eine bestimmte Form oder Erfüllung von einer Seite erforderlich gewesen sei, daß also das deutsche Recht nur Formal- und Realverträge gekannt habe.

Als sich in jüngster Zeit herausstellte, daß ein volles Verständnis der deutschen Rechtsquellen nur dann möglich ist, wenn man zwischen Schuld und Haftung scharf unterscheidet, hat man erkannt, daß die Formen, die man ehedem für Schuldvertragsformen gehalten hatte, nicht die Begründung von Schuld, sondern von Haftung bezwecken. Das Schuldverhältnis hingegen, der Schuldvertrag als solcher, kommt durch formloses Geben und

---

[1]) Schuld und Haftung S. 4.
[2]) vgl. die Literaturangabe bei Gierke a. a. O. S. 119 Anm. 1 u. 2.

Annehmen eines Versprechens zustande. Denn es ist altgermanische Auffassung, daß wer etwas versprochen hat, sein Versprechen auch halten soll, daß somit das einfache Wort den Mann bindet.[1]) Der Schuldvertrag des alten deutschen Rechts ist somit in jedem Falle ein reiner Konsensualvertrag. An dieser Konsensualnatur aller Schuldverträge vermag selbstverständlich der Umstand nichts zu ändern, daß es jederzeit im Belieben der Parteien steht, den Abschluß des Vertrages von der Anwendung einer Form abhängig zu machen, die dem Gläubiger ein nach den Grundsätzen des Prozeßrechts zulässiges Beweismittel verschaffen soll. Denn hiervon ist die rein schuldrechtliche Wirkung des Vertrages ganz unabhängig.

Der deutschrechtliche, konsensuale Schuldvertrag unterscheidet sich freilich von der ihm entsprechenden Erscheinung im römischen Obligationenrecht in einem wesentlichen Punkte. Er begründet lediglich Schuld ohne Haftung. Seine Erfüllung kann, sofern nicht außerdem noch Haftung begründet ist, nicht erzwungen werden.

Aber auch wenn ein Haftungsgeschäft oder eine Empfangshaftung [2]) zum Schuldvertrage hinzutritt, richtet sich sein Inhalt in jedem Falle nach dem Schuldversprechen. Denn „die besonderen Haftungsgeschäfte nehmen ursprünglich den Schuldinhalt nicht in sich auf, sondern setzen ihn voraus. Sie enthalten daher auch, wenn ihnen ein Schuldvertrag zugrunde liegt, an sich keine Formalisierung des Schuldversprechens“.[3])

III. Im Gegensatz zu den formlosen, konsensualen Schuldverträgen sind im alten deutschen Recht diejenigen Rechtsgeschäfte, durch welche eine Haftung begründet wird, ihrer Natur nach entweder Formal- oder Realverträge, oder auch beides gemischt. Das deutsche Recht kennt drei verschiedene Arten von Haftung: Sachhaftung, Personalhaftung und Vermögenshaftung. Nach den Funktionen, die sie „im Dienste des rechtsgeschäftlichen Zwecks“ zu erfüllen haben, unterscheiden sich auch die Formen der Haftungsgeschäfte.

In jedem Falle bedarf der Abschluß eines Haftungsvertrages auch einer Kundmachungsform, da die rechtsgeschäftliche Begründung einer Haftung nicht nur im Innenverhältnis für die Parteien wichtig, sondern auch als Verschiebung der Machtverhältnisse für alle Rechtsgenossen bedeutungsvoll ist. Sämtliche Haftungsgeschäfte werden daher mit Hand und Mund vollzogen.

---

[1]) vgl. Gierke a. a. O. S. 120.
[2]) Auf die unten näher einzugehen ist.
[3]) Gierke a. a. O. S. 122.

a) Die Begründung von Sachhaftung erfolgte unter den gleichen Formen wie die Übertragung von dinglichem Recht durch Übertragung der Gewere. Fahrnisrechtliche Sachhaftung wurde durch Hingabe einer Sache unter gleichzeitiger entsprechender Willenserklärung begründet. Bei Begründung liegenschaftsrechtlicher Sachhaftung mußten diejenigen Momente, mittels deren die Herrschaft über die Sache übertragen wurde (Gabe, Investitur, Verzicht), durch feierliche Wortformel und symbolische Handlung kundgetan werden. Hier wie dort wurde das zwischen den Parteien bestehende Schuldverhältnis in die Form des Haftungsvertrages nicht mit einbezogen, sondern nur darauf Bezug genommen. „Die Schuld besteht vor und außer der Satzung." [1])

b) 1. Die rechtsgeschäftliche Begründung von Haftung mit der Person erfolgte unter Beobachtung derselben Formen, mittels deren man sich einer herrschaftlichen Gewalt unterwarf. Hier sind zwei verschiedene Erscheinungsformen des Haftungsgeschäfts zu unterscheiden, Vergeiselung und leibliche Verbürgung. Die Vergeiselung vollzog sich ursprünglich wohl durch Realakt. Nach Gierke war aber allem Anscheine nach schon frühzeitig mit der tatsächlichen Unterwerfung unter die Gewalt des Gläubigers in Anbetracht ihrer sozialen Bedeutung ein Formalakt verbunden, der „in rechtsförmlicher Weise mit Treuwort oder Eid und gegenseitiger Handreichung vorgenommen wurde".[2])

2. Der Urtypus der Formen, unter denen eine leibliche Verbürgung für eigene oder fremde Schuld erfolgte, ist das Treugelübde, das im Mittelalter „im lateinischen Gewande" als fides facta erscheint, im übrigen aber seine Ausbildung als selbständiges Haftungsgeschäft wahrscheinlich schon in der germanischen Urzeit erhalten hat. Beim Treugelübde tritt an die Stelle der tatsächlichen Gebundenheit die bloße rechtliche Gebundenheit.

Die fides facta, von der die lex Salica spricht, ist ihrem Wesen nach ein Treugelübde. Regelmäßig ist damit aber auch eine Wadiation, ein „Wettvertrag", also ein Vermögensverhaftungsgeschäft verknüpft. Sie stellt sich mithin als ein Formalvertrag dar, durch den in gleicher Weise Person und Vermögen für Schuld verhaftet werden. Daß sie nicht ein formeller Schuldvertrag ist, wie man früher geglaubt hat,[3]) erhellt insbesondere aus Art. 50 der lex Salica, wo zwischen „debitum" und „fides facta" scharf unterschieden wird. Sie verschafft vielmehr „dem Leistensollen die durch Treuverpflichtung erwirkte Gewähr".[4])

---

[1]) vgl. Gierke, D. PrivR. Bd. 2 S. 817, 825, Schuld und Haftung S. 124 ff.
[2]) Gierke a. a. O. S. 127.
[3]) vgl. hierzu Gierke a. a. O. Bd. 3 S. 148.
[4]) Gierke S. 149.

Auch das Treugelübde, das uns im Rechte des deutschen Mittelalters entgegentritt, begründet Haftung mit Person und Vermögen zugleich. Es bezweckt in gleicher Weise wie die fränkische fides facta die Herbeiführung von Haftung für Schuld. Die Quellen sprechen von „se adstringere“, „se obligare“, von „sich verstricken“ oder „sich verhaften“.[1])

c) 1. *α*) Reine Vermögenshaftung[2]) konnte rechtsgeschäftlich auf verschiedenem Wege begründet werden. Die hierbei verwendeten Formen sind teils sachenrechtlicher, teils personenrechtlicher Herkunft. Das beliebteste Vermögenshaftungsgeschäft ist die Wadiation, die ihre charakteristische Ausprägung anscheinend ebenfalls schon in vorgeschichtlicher Zeit erhalten hat.[3]) Ihr klassisches Gebiet ist das langobardische Recht. Die Wadiation kommt durch Hingabe und Annahme eines Fahrnisstücks, das als „wadia“ bezeichnet wird, unter entsprechender Willensäußerung zustande. Wir haben es hier offenbar mit einer Abzweigung der Pfandsetzung zu tun. Die wadia ist „Repräsentantin der Fahrnis“.[4]) Durch die Gewere an ihr wird die Macht versinnlicht, die dem Gläubiger über das Vermögen des Haftenden eingeräumt ist. Die Zahlung der Schuld stellt sich als Einlösung der wadia dar und somit als „Ledigung des Vermögens“. Löst der Haftende die wadia ungeachtet des Verlangens von seiten des Gläubigers nicht ein, so setzt er sich dem Zugriff auf sein Vermögen mittels Pfändung aus. Die Wadiation enthält also als personenrechtliches Moment die Einräumung des Rechts an den Gläubiger, die Hausherrschaft des Haftenden zu durchbrechen.[5])

β) Schon in fränkischer Zeit trat vielfach an die Stelle der wadia als Surrogat eine die Schuld verbriefende Urkunde. Anfangs fand die Wadiation vor oder neben der Aushändigung einer Schuldurkunde statt. Die letztere wurde alsdann der wadia angeheftet und trat auf diese Weise mit ihr in eine äußere Verbindung. Später wird die Urkunde selbst zum Pfandsymbol und ihre Begebung zum rechtsförmlichen Verhaftungsgeschäft.

Da aber die Urkunde das in ihr verbriefte Schuldversprechen verkörpert, so war die Urkundenbegebung wie kein anderes Haftungsgeschäft dazu geeignet, frühzeitig schuldrechtliche Bedeutung zu gewinnen.

---

[1]) vgl. Siegel, Handschlag und Eid S. 64; Punschart, Schuldvertrag S. 411 ff.

[2]) vgl. hierzu Herb. Meyer, Zum Ursprung der Vermögenshaftung, Weimar 1911.

[3]) vgl. Gierke a. a. O. S. 259.

[4]) Gierke S. 269.

[5]) vgl. Gierke a. a. O. S. 261.

2. Neben diesen Haftungsgeschäften, die sämtlich Formalverträge sind, kennt das alte deutsche Recht auch die Begründung einer Vermögenshaftung für Versprechensschuld durch Realvertrag. Sie erfolgt dadurch, daß der zwischen den Parteien geschlossene Schuldvertrag von einer Seite erfüllt wird. „Der Empfänger schuldet hier eine Leistung, weil er sie versprochen hat, haftet aber für diese Schuld, weil er für sie ein Äquivalent empfangen hat.“[1])

Schon nach den alten Volksrechten haftet jeder, dem eine Sache zu Leihe, Verwahrung oder Pfand anvertraut ist, mit seinem Vermögen für Rückgabe oder Werterſatz. Die Klage des Gläubigers auf Herausgabe stützt sich solchenfalls allerdings in erster Linie auf die Gewere, enthält aber insofern auch ein schuldrechtliches Moment, als sie sich zugleich auf die vertragliche Verpflichtung des Empfängers zur Rückgabe gründet.[2]) Auch der Empfang eines Darlehens hatte schon nach den Volksrechten Vermögenshaftung zur Folge, was sich daraus ergibt, daß im Begriff der res praestita Leihe und Darlehen zusammenfallen.[3])

Die Begründung von Vermögenshaftung durch Sachempfang beschränkte sich aber nicht auf diejenigen Verträge, die von der herrschenden Lehre „einseitig verpflichtende“ genannt werden. Sie findet sich auch bei synallagmatischen Verträgen, insbesondere beim Kauf. Auch hier ist mit dem Augenblick, wo der eine Kontrahent sein Versprechen erfüllt und der Gegenkontrahent die Leistung angenommen hat, der letztere kraft Leistungsempfangs zur Gegenleistung verhaftet.

3. Aus dieser Empfangshaftung, die durch Realvertrag begründet wurde, entwickelte sich in weiterer Verfolgung des Prinzips, und zwar sehr früh wieder ein Formalvertrag, indem die Haftungswirkung zuerst auf bloßen Teilempfang, nachher auch auf den Empfang einer Gabe übertragen wurde, die als Symbol an die Stelle der künftigen Leistung trat. So entstand der Arrhalvertrag. Je nachdem die arrha nur als Symbol oder zugleich auch als Wertobjekt Bedeutung hat, haben wir es hier mit einem reinen Formalvertrage oder mit einem aus realen und formalen Elementen gemischten Vertrage zu tun.[4])

Ursprünglich wurde durch Hingabe und Annahme der arrha nur der Empfänger verhaftet. Aber schon die lex Bajuvariorum[5]) schreibt ihr, wie nachher alle späteren Rechtsquellen,[6]) eine nach

---

[1]) Gierke S. 81.
[2]) vgl. lex Salica tit. 52 de re praest.
[3]) vgl. hierzu Brunner, Die Rechtsgeschichte Bd. 2 S. 520 Anm. 1.
[4]) vgl. hierzu Gierke a. a. O. S. 338.
[5]) l. Bajuv. 16, 10.
[6]) vgl. hierzu Heusler, Inst. Bd. 2 S. 256ff.

beiden Seiten des Schuldverhältnisses wirkende Verhaftungskraft zu, eine Erscheinung, die von Heusler (a. a. O. S. 254 ff.) dahin erklärt wird, daß die arrha auch die Funktionen der wadia in sich aufgenommen hat.

In den Quellen des späteren Mittelalters wird als Wirkung von Geben und Nehmen einer arrha besonders die Gebundenheit der Parteien an den Schuldvertrag betont. Nach der Rezeption wurde dann die deutschrechtliche arrha mit der gleichnamigen Erscheinung im römischen Obligationenrecht in Verbindung gebracht und schließlich nur noch als Zeichen für das Zustandekommen eines Vertrages angesehen.[1] Doch gab es Rechtsgeschäfte, wie den Gesindedienstvertrag, wo ausnahmsweise zur Bindung der Parteien Geben und Nehmen eines Handgeldes erforderlich blieb. In solchen Fällen erschien die Hingabe und Annahme der arrha als formales Mittel des Vertragsschlusses.[2])

IV. Man greift u. E. nicht fehl, wenn man in der Empfangshaftung den Ausgangspunkt und vornehmsten Grund für das Zusammenwachsen von Schuld und Haftung erblickt, das sich langsam, aber unaufhaltsam in den letzten Jahrhunderten des Mittelalters vollzog. Mit diesem Zusammenwachsen von Schuld und Haftung gingen vielfach auch die Formen der Haftungsgeschäfte, soweit sie nicht, wie die Wadiation, bereits verschwunden waren, in Schuldvertragsformen über, wenn sich auch im Prinzip die Formfreiheit der Schuldverträge erhielt. Schließlich gilt bei Beginn der Rezeption die unbeschränkte Vermögenshaftung als normale Folge jedes Schuldverhältnisses. So findet das römische Obligationenrecht, als es in Deutschland seinen Einzug hält, den Boden wohl bereitet.

V. Betrachten wir nun, was sich aus dem älteren deutschen Rechte in bezug auf die Frage ergibt, deren Beantwortung wir uns zum Ziel gesetzt haben, so finden wir, daß in jedem Falle das bloße Versprechen genügt, um ein Schuldverhältnis zu begründen, daß mithin nach altem deutschen Recht zum Zustandekommen eines Schuldverhältnisses weder ein Formal- noch ein Realvertrag erforderlich ist. Eines solchen Vertrages bedarf es lediglich zur Begründung einer Haftung. Auf das Schuldverhältnis wird hierbei stets Bezug genommen. Es wird stets als bestehend vorausgesetzt, mag es sich um Empfangshaftung oder irgendein anderes Haftungsgeschäft handeln. Nirgends findet sich ein Anhalt dafür, daß hierin die Leihe, das Darlehen oder die anderen Verträge schuldrechtlichen Inhalts, die vom römischen

---

[1]) vgl. die Definition der arrha im ALR. Bd. 1 § 205.
[2]) Gierke S. 373.

Recht als Realverträge charakterisiert werden, eine Ausnahme machen, und daß etwa die Rückgabe einer geliehenen Sache erst dann geschuldet wird, wenn sich der Schuldner durch ihren Empfang dafür verhaftet hat. Diesen Umstand wollen wir im weiteren Verlauf unserer Untersuchung im Auge behalten.

D. Der Gegensatz von Real- und Konsensualverträgen in der Jurisprudenz des Mittelalters.

I. Im Gebiet des weströmischen Reiches ist seit dem Ende der Römerherrschaft auch die Entwicklung des römischen Rechts unterbrochen. Erst unter den Glossatoren setzt dann die weitere Entwicklung ein. Die Willenseinigung der Parteien als solche tritt überall schärfer in den Vordergrund. Hand in Hand damit geht eine Verschiebung in der theoretischen Konstruktion der Innominatkontrakte. Sie äußert sich darin, daß jetzt auf die hinter der datio ob rem stehende formlose Verabredung der Parteien höherer Wert gelegt wird. Charakteristisch nach dieser Richtung hin ist z. B. Glosse V zu l. 3 C. de rer. perm. IV, 64: „Sed re secuta numquid ex illo pacto an rei traditione actio oritur? Dico ex pacto licet in mutuo et similibus ex ipsa rei traditione nascatur actio“.

Es würde den Rahmen unserer Arbeit weit überschreiten, wollten wir untersuchen, wie sich diese Entwicklung im einzelnen gestaltet und wie mehr und mehr das konsensuale Moment in den Vordergrund tritt. Es mag hier auf die ausführlichere Darstellung Seufferts[1]) verwiesen werden.

II. Die Kanonisten bringen das von den Glossatoren erschütterte Prinzip vollends ins Wanken. Von der römischen Kirche wird das Nichtinnehalten eines gegebenen Versprechens als mendacium und als Sünde bezeichnet. Hauptvertreter dieser Lehre ist Thomas von Aquino. Anfangs wird sie lediglich mit Hilfe der kirchlichen Disziplinargewalt und des Bußsakraments durchgesetzt. Daß die Anschauung der Kirche in der Folgezeit auch für die Rechtswelt große Bedeutung erlangt, liegt daran, daß man, wie gewöhnlich im Mittelalter, Ethik und Recht miteinander verwechselt. Auch bietet sich der Kirche selbst in der geistlichen Gerichtsbarkeit in Zivilsachen ein bequemes Mittel, ihrer Anschauung praktische Wirkung zu verleihen.[2])

---

[1]) Zur Geschichte der oblig. Vertr. S. 39—45.

[2]) vgl. hierzu Karsten, Die Lehre vom Vertrage bei den italienischen Gelehrten des Mittelalters S. 129—135; Seuffert a. a. O. S. 45—52.

E. Der Gegensatz von Real- und Konsensualverträgen im gemeinen Recht.

Nach der Rezeption setzt sich der Streit über die rechtliche Wirkung des nudus consensus auf deutschem Boden fort und findet hier seinen Abschluß, indem die nuda pacta durch Gewohnheitsrecht klagbar werden. Das früheste Zeugnis ihrer Klagbarkeit ist die von Ulrich Zasius stammende Freiburger Reformation von 1520. Eigentümlicherweise wird aber darin die unabweisliche Konsequenz nicht gezogen, daß mit dem Schutze des nudus consensus von seiten der Rechtsordnung auch die Klagbarkeit der Innominatkontrakte mit dem Augenblicke der Willenseinigung gegeben ist.

Die reaktionäre französische Schule[1]) vermag die Entwicklung auch nicht aufzuhalten. Denn nun machen sich bereits naturrechtliche Anschauungen geltend,[2]) und so wird schließlich im gemeinen Recht die Klagbarkeit des nudus consensus überall, auch bei den Innominatrealverträgen, anerkannt. Diese sind jetzt zu Konsensualkontrakten geworden. Von nun an gilt unbestritten der Grundsatz, daß jede irgendwie erklärte Einigung der Parteien ein erzwingbares Forderungsrecht erzeugt. Von ihm wird auch das geltende Recht beherrscht.

---

[1]) Welcher namentlich Cujacius und Donellus angehören.
[2]) Hugo Grotius, Carpzov, Pufendorf.

Zweites Kapitel.

Dogmatischer Teil.

Der Gegensatz von Realverträgen und Konsensualverträgen im modernen Recht.

A. Worin besteht der Gegensatz von Real- und Konsensualverträgen im heutigen Recht?

I. Negative Theorien: die res als Vertragsform.

Nachdem wir die geschichtlichen Grundlagen des Gegensatzes von Real- und Konsensualverträgen kennen gelernt haben, kommen wir nunmehr zur Behandlung der Frage, ob dieser Gegensatz für das heutige bürgerliche Recht noch verwendbar ist, unserer eigentlichen Aufgabe. Die zahlreichen Theorien, die sich über diese Frage gebildet haben, lassen sich in zwei große Gruppen sondern. Die Theoretiker der ersten Gruppe sehen in der res im Hinblick auf ihren Charakter als causa civilis im römischen Kontraktsystem lediglich eine Vertragsform und kommen infolgedessen zu einem negativen Ergebnis. Denn im modernen Recht herrscht ja das Prinzip der Formlosigkeit der Verträge. Die zweite Gruppe betrachtet die res als Vertragsinhalt und kommt daher zu dem Resultat, daß der Gegensatz von Real- und Konsensualverträgen unverändert fortbestehe, weil er keine nationalrömische Erfindung sei, sondern in der Natur der Sache liege.

a) Die Behauptung, daß mit dem Klagbarwerden der formlosen Willenseinigung zweier Kontrahenten der Gegensatz von Real- und Konsensualverträgen gefallen sei, hat zuerst Heise[1]) aufgestellt. Diese Ansicht hat in der Folgezeit eine ganze Reihe von Vertretern gefunden. So meint v. Wening-Ingenheim,[2]) daß zwar auch jetzt noch bei den sogen. Realverträgen gewisse Folgen erst mit der Hingabe der res eintreten, daß man

---

[1]) Grundriß eines Systems des gemeinen Zivilrechts S. 92.

[2]) Lehrb. Bd. 2 S. 99.

aber auf Grund der getroffenen Übereinkunft auf Erfüllung klagen könne, und insofern heutzutage ein Realvertrag nicht mehr bestehe. Folgerichtig erklärt es Dankwardt[1]) unter diesem Gesichtspunkte für irrtümlich, wenn jetzt noch bei mutuum, depositum, commodatum und pignus zwischen dem pactum de contrahendo und dem durch die Hingabe der Sache zustandekommenden Hauptvertrage unterschieden werde. Der Überzeugung des deutschen Volkes sei eine solche Unterscheidung fremd; sie fasse beides zusammen als ein Geschäft auf. Auch unter den Pandektisten findet die Auffassung Anhänger. So erklärt v. Keller[2]) die Idee der Realverträge darum für wertlos, weil „die Ausnahme der Konsensualkontrakte jetzt zur Regel erwachsen sei". Weiterhin äußert sich Eck[3]) in diesem Sinne in bezug auf das Darlehen usw.

Alle diese Schriftsteller begehen denselben Fehler. Denn wenn das römische Recht die Gültigkeit des Realvertrages von dem formellen Akt der rei datio abhängen läßt, so weiß man immer noch nicht, ob dieses Erfordernis ein rein zufälliges, willkürliches ist, oder ob die Hingabe der Sache das unumgängliche logische Prius für die Perfektion des Vertrages bildet. Im ersten Falle wäre die Ansicht der genannten Theoretiker richtig. Der Begriff des Realvertrages hätte dann allerdings nur noch rechtshistorische Bedeutung. Aber für diese Grundlage ihrer Behauptung bleiben sie uns den Beweis schuldig. Ohne diesen sind ihre Äußerungen ganz belanglos. Denn aus der Verbindlichkeit des bloßen Konsenses folgt, wie Demelius[4]) treffend ausführt, noch keineswegs die Nichtexistenz der Realkontrakte.

b) Größere Bedeutung haben die radikalen Theorien von Reinhold[5]) und Storch,[6]) die schlechthin dem Begriff des Realvertrages den Krieg erklären. Reinhold entwickelt seine Ansicht am Darlehen. Er vertritt den Standpunkt, daß der zwischen Gläubiger und Schuldner zustande gekommene Vertrag, auf dem die Hingabe der Darlehenssumme beruhe, d. h. der erklärte Wille, einesteils das Darlehen zu geben, anderenteils es zu nehmen, notwendigerweise der Darlehensvertrag selbst sei. Das, was die Römer mit mutuum bezeichneten, sei nur als die Erfüllung der vom Gläubiger übernommenen Verbindlichkeit zu betrachten. Der Zweck des Darlehensvertrages sei für den Schuldner,

---

[1]) Nationalökonomie und Jurisprudenz Bd. 3 S. 63.

[2]) v. Keller, Pand. S. 438.

[3]) Eck in v. Holtzendorffs Rechtslexikon Bd. 1 unter „Darlehensvertrag".

[4]) In Iherings Jahrb. Bd. 3 S. 400; vgl. auch v. d. Pfordten, Abhandl. S. 296/97.

[5]) Die Natur der sogen. Realkontrakte.

[6]) Der landrechtliche Darlehensbegriff.

die Darlehensvaluta zu bekommen, für den Gläubiger, dieselbe zurückzuerhalten. Da der Schuldner seinen Zweck nur durch die Hingabe von seiten des Gläubigers und der Gläubiger den seinigen nur durch Rückgabe von seiten des Schuldners erreichen könne, erfolgten die gegenseitigen Zusicherungen je unter einer Bedingung. Der Darlehensvertrag enthalte also zwei Obligationen mit zwei Bedingungen.

Daß durch diese komplizierte Konstruktion die Sache durchsichtiger geworden ist, wird niemand behaupten. Wieso die Römer beim Realvertrage dazu kommen, von „obligandi causa dare“ und von „re contrahere“ zu sprechen, wird mit keiner Silbe berührt. „Vielmehr ist alles in das Gebiet der subjektivsten Spekulation gerückt.“ [4]) Daher sind alle Argumente, mit denen Reinhold beweisen will, daß der Realvertrag begrifflich unmöglich ist, nicht durchgreifend.

Den Deduktionen Storchs kann man freilich diesen Vorwurf nicht machen. Denn er gibt für das Wesen der res und für die Rolle, welche sie im obligatorischen Rechtsverhältnis spielt, eine ebenso scharfsinnige wie interessante Erklärung. Die einfachen Lebensverhältnisse in altrömischer Zeit und „der zum Realismus hinneigende Grundzug des römischen Charakters“ haben, wie Storch ausführt, zur Folge gehabt, daß ein Rechtsverhältnis, welches von seiten der Rechtsordnung Beachtung finden wollte, nicht durch formlose Willenseinigung zustande kommen konnte, sondern daß zuvor etwas Substantielles in die Welt der Erscheinungen treten mußte. Der Wille habe sozusagen eine sinnlich wahrnehmbare Bestätigung erhalten müssen, um den Begriff der Obligation zu gewinnen. Diese „Substanz“ der Willenseinigung (conventio) würde daher die causa der Obligation genannt. Denn sie, nicht schon die Willenseinigung, würde als das den freien Willen bindende Moment betrachtet. Beim Darlehen habe also der Hingabe des Darlehensbetrages, damit sie den tendenziösen Charakter der res, causa erhielt, die conventio:

> es solle das Eigentum an dem Gelde von dem Darleihenden auf den Borger übergehen und letzterer dafür zur Restituierung in gleicher Quantität und Qualität verpflichtet werden

„innegewohnt“. Dies sei aber nur dann möglich gewesen, wenn sie bei der Hingabe bereits vorhanden, also vorher zustande gekommen sei. Folglich sei „die zur Begründung einer realen Darlehensobligation erforderliche conventio identisch mit demjenigen consensus, welchen das gemeine Recht mit dem von ihm er-

---

[4]) Krahmer, Darlehensbegriff S. 21.

fundenen Ausdruck pactum de mutuo dando zu bezeichnen beliebt habe".

Diese Beweisführung, die auf nichts mehr und nichts weniger hinausläuft, als den tief eingewurzelten römischrechtlichen Begriff des Realkontrakts zu stürzen, hat von vornherein eine schwache Seite, nämlich die, daß sich bei den sogen. Konsensualkontrakten des römischen Rechts die conventio und die causa decken. Dies konnte natürlich dem Beweisführer selbst nicht verborgen bleiben, und er sucht deshalb hier einen Riegel vorzuschieben. Nach Storchs Erklärung hat diese eigentümliche, für ihn so unangenehme Erscheinung darin ihren Grund, daß die unter dem Begriff des Konsensualvertrags vereinigten Vertragstypen zu den bonae fidei contractus gehören, also auf Gegenseitigkeit beruhen. Da somit die Verpflichtung des einen Kontrahenten durch die entsprechende Verpflichtung seines Gegenkontrahenten garantiert sei, so „erscheine in der dadurch bedingten Bestimmtheit der obligatio ihre substantielle Basis gegeben".[1])

Nun mag man auf Grund dieser Argumente von der Richtigkeit der Storchschen Auffassung überzeugt sein oder nicht. Jedenfalls müssen seine Ausführungen daran scheitern, daß mit der begrifflichen Identität von mutuum und pactum de mutuo dando — auch wenn sie den Quellen entspräche — die logische Unmöglichkeit des Realvertrages noch nicht bewiesen ist. Denn wie schon einmal betont wurde, folgt aus der Verbindlichkeit des bloßen Konsenses, auf der im Grunde genommen auch die Beweisführung Storchs beruht, heutzutage noch keineswegs die Nichtexistenz der Realverträge. Wir sind also der Lösung unserer Frage, worin das Wesen der res und damit der Gegensatz von Real- und Konsensualverträgen besteht, um nichts näher gekommen. Die bisher behandelten Schriftsteller begehen alle den gleichen Fehler. Sie tun den zweiten Schritt zuerst.

II. Positive Theorien: die res als Vertragsinhalt.

Aber die geleistete Arbeit ist nicht ohne Ergebnis geblieben. Das Handwerkszeug ist vorhanden, das Arbeitsfeld abgegrenzt. Der Angriff hat zur Verteidigung herausgefordert. Weite Kreise der Wissenschaft beginnen sich für das Problem zu interessieren. Man gelangt jetzt zu der richtigen Erkenntnis, daß eine Lösung nur mittels einer genauen Bestimmung der inneren Bedeutung der res für den obligatorischen Vertrag erfolgen kann. Es hat sich herausgestellt, daß der obligatorische Vertrag die Tragweite

---

[1]) Storch a. a. O. S. 26.

des in der res liegenden dinglichen Vertrages einschränkt. Beim Darlehen, wo in Gestalt der res Geld oder andere vertretbare Sachen zu Eigentum übertragen werden, wo also dem Empfänger ein begrifflich unbeschränktes Herrschaftsrecht über die Sache eingeräumt wird, würde der dingliche Vertrag allein eine Rechtswirkung hervorbringen, die den von den Kontrahenten angestrebten Erfolg weit hinter sich ließe. Bei der Leihe, dem Verwahrungs- und dem Pfandvertrage, ist zwar von einer Eigentumsübertragung keine Rede. Gleichwohl würde auch in diesen Fällen die bloße Besitzübertragung[1]) über den erstrebten Zweck des Rechtsgeschäfts hinausgehen. Der Empfänger soll ja hier die Sache nur während eines bestimmten, mehr oder minder weit bemessenen Zeitraumes haben. Es bedarf mithin einer künftigen Rückübertragung des Besitzes. Überall wird im obligatorischen Vertrage dem Empfänger die Rückgabeverpflichtung auferlegt. Diese stellt sich also als ein die Hingabe beschränkendes Element dar.

Die Wissenschaft hat nun verschiedene Wege eingeschlagen, um diese seltsame Mischung obligatorischer und dinglicher Elemente im Realvertrage zu erklären und so das Wesen der res zu erfassen. Allen diesen Theorien ist gemeinsam, daß sie die res nicht mehr als Gültigkeitserfordernis, sondern — um das von Adler[2]) geprägte Wort zu gebrauchen — als „Qualitätserfordernis“ ansehen.

a) Nach der Ansicht von Brinz[3]) liegt der Schwerpunkt des Realvertrages in der res. Diese ist nicht nur der Grund seiner Klagbarkeit, sondern sie ist seine Hauptsache. Da aber, beispielsweise beim Darlehen, der Darlehensgeber, wirtschaftlich betrachtet, sein Kapital behalten und dem Darlehensempfänger nur auf einige Zeit Benutzung des Kapitals gewähren will, verpflichtet er diesen bei der Hingabe zur Rückgabe derselben Qualität. Die Verpflichtung ist also um der datio, der res willen, nicht umgekehrt die res um der Verpflichtung willen da und stellt sich infolgedessen als eine Modifikation der res, als ein „modus“ dar. Zur Unterstützung seiner Behauptung sucht Brinz zweierlei nachzuweisen: 1. daß der Gedanke nicht unrömisch ist, daß Obligationen dazu dienen, eine Hingabe zu modifizieren, und 2. daß diese Verwendung der Obligation nicht auf die Rechtsgeschäfte beschränkt ist, bei denen sie sich gewöhnlich vorfindet, nämlich bei der Schenkung und den letztwilligen Verfügungen. Alle diese Rechts-

---

[1]) Im römischen Recht findet nur beim pignus die Übertragung des juristischen Besitzes statt. Depositar und Kommodatar erhalten lediglich Detention.

[2]) Iherings Jahrb. Bd. 31 S. 192.

[3]) In seinen Krit. Bl. Bd. 1 S. 27—34.

geschäfte hätten ja in der Hingabe einer Sache ihr gemeinsames Charakteristikum. Und der modus erzeuge regelmäßig eine condictio oder eine Klage auf Erfüllung, genau so, wie sie bei den Realkontrakten vorhanden sei.

Nach dieser Auffassung stellt sich der Realvertrag sozusagen als ein Gebäude mit zwei Stockwerken dar. Das untere wird durch das in der res enthaltene dingliche Moment gebildet, das obere durch den modus.

In der Tat hat die Brinzsche Konstruktion des Realvertrages manches für sich, und man braucht sich nicht zu wundern, daß sie Anhänger gefunden hat, ihren bedeutendsten in Windscheid.[1] Auch nach Windscheids Ansicht kommt der Realvertrag dadurch zustande, „daß unter der Auflage einer Verpflichtung gegeben und mit dieser Auflage genommen wird". Er ist ein Vertrag, „bei dem die Parteien eine Verpflichtung erst durch Geben und Nehmen begründen wollen".

Auffälligerweise hat Brinz seine eigene Theorie nicht überall konsequent durchgeführt. Bei ihrer Begründung erklärt er es ausdrücklich für eine Unmöglichkeit, einen Realvertrag in einen Konsensualvertrag umzudenken. In seinen Pandekten dagegen sagt er, daß die Perfektion des Vertrages zwar von seiten der Rechtsordnung nirgends an eine bestimmte Form oder an eine „reale Unterlage" geknüpft sei, daß aber nichts im Wege stehe, wenn sich die Parteien nur auf realer Unterlage verpflichten wollen. „Gleich den Formalkontrakten bestehen dann, allen entgegengesetzten Theorien zum Trotz, die Realkontrakte fort, die ungenannten nicht minder als die genannten."[2] Hier ist also plötzlich die Existenz des Realkontrakts lediglich in das Belieben der Kontrahenten gestellt. Auch hat es infolge der Gleichstellung von Formal- und Realverträgen fast den Anschein, als ob Brinz in den Fehler der bisher behandelten Schriftsteller verfallen wollte. Diese Stelle in seinen Pandekten steht in direktem Widerspruch zu der bisher von ihm vertretenen Auffassung.

Aber die Brinz-Windscheidsche Theorie läßt sich überhaupt nicht halten, weil sie auf einer Verkennung der rechtlichen Natur des modus beruht. Ein Rechtsgeschäft, das unter einer Auflage geschlossen wird, verfolgt einen doppelten Zweck, einen Hauptzweck und einen Nebenzweck. Sein Hauptzweck ist eine Zuwendung an den Bedachten, welche Schenkung, Vermächtnis oder vielleicht auch eine andere einseitige Zuwendung[3] sein kann, die aber im konkreten

---

[1] Windscheid, Pand. Bd. 2 S. 279.
[2] Brinz, Pand. Bd. 2 S. 138.
[3] vgl. Dernburg, Bürgerl. R. Bd. 1 S. 521.

Falle immer schon kausal bestimmt ist. Der modus bleibt auf den juristischen Charakter ohne allen Einfluß. Beim Realvertrag dagegen würde die bisher charakterlose Hingabe (die „res") ihren juristischen Charakter erst durch das Hinzutreten des modus erhalten.[1]) Außerdem tritt der modus sonst nur zu definitiv gedachten Zuwendungen hinzu. Eine Rückgabe der empfangenen Vermögenswerte soll höchstens dann erfolgen, wenn der Empfänger den modus nicht erfüllt. Hier dagegen ist der modus ja gerade auf die Rückgabe gerichtet. Sie erfolgt auch dann, wenn der modus erfüllt wird. Also alles in allem: Mit der Rechtsfigur des modus ist uns hier nicht geholfen.

Als eine Art Variation der von Brinz begründeten Theorie wird man die Auffassung von Unger ansprechen können. Unger[2]) baut seine Lehre auf denselben Grundlagen auf wie Brinz. Im Endergebnis weicht er aber von ihm insofern ab, als er einen scharfen Trennungsschnitt zwischen solchen Verträgen macht, bei welchen sich seiner Ansicht nach auf der Schuldnerseite eine Verpflichtung ohne ein vorangehendes Genommenhaben gar nicht denken läßt, und solchen, bei denen dies gleichwohl möglich ist. Während er die letzteren, zu denen er das zinsbare Darlehen und den Verwahrungsvertrag rechnet, für Konsensualverträge hält, erklärt er die ersteren auch heute noch für Realverträge. Bei ihnen, also bei der Leihe, dem Pfandvertrage und dem Gefälligkeitsdarlehen, stütze sich das Schuldverhältnis aus materiellen Gründen auf die Hingabe. Es könne doch niemand gezwungen werden, zu seinem eigenen Vorteil zu handeln. Wem z. B. das Leihen einer Sache versprochen sei, der könne durch Ablehnung des Empfangs jeder Verpflichtung aus dem Wege gehen. Er sei nicht verpflichtet zu nehmen und daher auch nicht verpflichtet, ohne zu nehmen.[3])

Im ersten Augenblick hat diese Theorie etwas Bestechendes. Sieht man aber näher zu, so steht sie auf recht schwachen Füßen. Denn sie ist vollständig auf den Vorteil des Empfängers der Sache abgestellt. Abgesehen davon, daß es überhaupt nicht empfehlenswert ist, mit so vagen Begriffen wie „Vorteil", „Interesse" zu operieren, muß es zweifelhaft erscheinen, ob sich in unserem Falle der Begriff des Vorteils überhaupt als Kriterium verwenden läßt. Es ist nämlich sowohl ein unverzinsliches Darlehen denkbar, das auch dem Geber Vorteil gewährt, wie ein zinsbares, bei dem nur der Empfänger Vorteil hat.[4])

---

[1]) vgl. Eisele, Zeitschr. f. schweiz. R. Bd. 3 S. 11.

[2]) In Iherings Jahrb. Bd. 8 S. 1 ff.

[3]) Unger a. a. O. S. 10.

[4]) vgl. v. Schey, Obligationenverhältnisse S. 44 und die von diesem angeführten Beispiele.

Im übrigen braucht auch bei der Leihe, die sich nach Ungers Theorie als ein typisches Beispiel des Realvertrags darstellt, der Vorteil durchaus nicht immer nur auf seiten des Empfängers zu sein. Es kann auch ein Vorteil des Gebers nebenher laufen. Dies zeigt ein Blick auf l. 5 § 13 D. 13, 6, wo Ulpian ausdrücklich sagt: „Commodatum autem ‚plerumque‘ solam utilitatem continet eius, cui commodatur“. Wollte man die Theorie Ungers streng durchführen, so müßte man einen solchen Ausnahmefall als Konsensualvertrag behandeln. Und daß sich eine solche Scheidung für die Praxis empfehlen und bei irgendeinem Laien Verständnis finden würde, wird wohl niemand behaupten.

Der schwächste Punkt in Ungers Theorie liegt aber wohl darin, daß die rechtliche Stellung des gebenden Teils eine mehr als zweifelhafte ist. Seiner Ansicht nach ist es für die Bestimmung der Rechtsnatur eines Vertrages ganz unerheblich, ob die Hingabe der Sache von seiten des Gebers nur obligandi causa, oder ob sie außerdem auch solvendi causa erfolgt. Unger hält also beides für miteinander vereinbar. Eine Hingabe, die sich als Begründung einer Verbindlichkeit und zugleich als Erfüllung charakterisiert, ist aber, wie Demelius[1]) ganz richtig bemerkt, ein juristisches Unding. Was Unger auf diesen Einwand repliziert, kann unmöglich als durchgreifend angesehen werden.

b) Auf den Schultern von Brinz und von Unger stehen alle diejenigen Theoretiker, welche bei der Konstruktion der Realverträge nicht mehr wie jene von einer „einseitigen Selbstbestimmung des Gebers“, sondern von ihrer „Naturnotwendigkeit“ ausgehen. Diese Auffassung, so mannigfach sie auch von den einzelnen Schriftstellern modifiziert ist, kann heutzutage als die herrschende gelten. Wenn man sich nun die verschiedenen Erscheinungsformen derselben Grundanschauung ansieht, so findet man, daß von zwei Gesichtspunkten aus der Versuch gemacht wird, die Naturnotwendigkeit der Realverträge zu begründen:

1. Ein beliebtes Argument, das auch in der neuesten Literatur immer noch für die Existenz der Realverträge ins Feld geführt wird,[2]) geht dahin, daß die Rückgabepflicht des Empfängers einer Sache vor der Empfangnahme der Sache nicht entstehen könne, weil die Hingabe eine begriffliche Voraussetzung der Rückgabe sei. In diesem vermeintlichen Syllogismus ist aber nur die Prämisse richtig. Die Rückgabe der Sache hat ihre Hingabe allerdings zur Voraussetzung. Man kann nicht gut eine Sache zurückgeben, die man gar nicht empfangen hat. Daraus folgt aber nicht, daß auch die Verpflichtung zur Rückgabe die Hingabe voraussetzt.

---

[1]) In Iherings Jahrb. Bd. 3 S. 403.
[2]) vgl. Engelmann, Bürgerl. R. S. 196.

Wenn Eisele[1]) hiergegen einwendet: falls die Rückgabe ohne vorangegangene Hingabe unmöglich sei, dann sei die Verpflichtung zur Rückgabe ohne Hingabe eine Verpflichtung zu etwas Unmöglichem und infolgedessen nichtig, so ist dieser Schluß nur ein Trugschluß. Eisele verwechselt nämlich, wie Adler[2]) treffend bemerkt, „die Pflicht, früher zu leisten, als ein bestimmter Umstand eintritt, mit der früher als ein bestimmter Umstand eintretenden Pflicht zur Leistung".

Schon v. d. Pfordten, der zuerst die Behauptung aufgestellt hat, daß die Hingabe die logische Voraussetzung der Rückgabeverpflichtung sei,[3]) ist sorgsam darauf bedacht, die Klippe zu umschiffen, an der, wie wir später sehen werden, die Unterscheidung von Real- und Konsensualverträgen scheitert: die Analogie mit der Miete. Es springt nämlich sofort in die Augen, daß auch bei der Miete die Pflicht zur Rückgabe der gemieteten Sache erst nach der Hingabe aktuell wird, daß aber der Mieter die Verpflichtung zur Rückgabe bereits vor der Hingabe mit dem Abschluß des konsensualen Mietvertrages übernimmt. Wenn aber etwas schlechthin begrifflich unmöglich ist, so kann es nicht im nächsten Augenblick wieder begrifflich möglich sein.

v. d. Pfordten vermeidet diesen inneren Widerspruch in seiner Lehre durch die Behauptung, daß bei der Miete im Gegensatz zur Leihe durch die Verpflichtung zur Rückgabe die Aufgabe des Vertrages nicht erschöpft werde. Zu ihr gehöre vielmehr „die selbständige Gegenleistung des Mieters als integrierender Teil". Daher sei der Mietvertrag mit der übereinstimmenden Willenserklärung der Parteien, der Leihvertrag hingegen erst mit Hingabe der Sache abgeschlossen. v. d. Pfordten will also sagen: „Weil bei der Miete neben der Pflicht zur Rückgabe noch andere Pflichten existieren, deswegen kann die Rückgabepflicht hier ohne Hingabe existieren, während dies sonst begrifflich unmöglich ist". Die praktische Anwendung dieses Gedankens beim Darlehen würde sich dann derart gestalten, daß man die Rückgabe noch nicht empfangener 1000 Mk. nicht versprechen könnte, wohl aber die Rückgabe der noch nicht empfangenen Summe samt 5 % Zinsen.

Der Gedanke, daß sich beim Realvertrage Begriff und Aufgabe des Vertrags in der Rückgabepflicht erschöpfen, liegt nicht nur den Ausführungen v. d. Pfordtens zugrunde. Er kehrt, bald mehr, bald minder scharf hervortretend, bei allen Theo-

---

[1]) Zeitschr. f. schweiz. R. Bd. 3 S. 16.
[2]) In Iherings Jahrb. Bd. 31 S. 194.
[3]) Abhandl. S. 297.

retikern wieder, welche die Hingabe für die Voraussetzung der Rückgabepflicht ansehen. Und ihre Zahl ist nicht gering.

So haben einige Schriftsteller behauptet, eine Verpflichtung zur Rückgabe sei vor der Hingabe der Sache darum ausgeschlossen, weil der Empfänger vor der Hingabe zur Rückgabe nicht verpflichtet sein wolle. Begründet wird dies z. B. damit, daß sich „in der ursprünglichen Erscheinung des Obligationsverhältnisses das einfache Versprechen als ein von der rechtlichen Beziehung, in welcher es steht, ungetrennter Willensakt darstellt".[1])

Diese Ansicht hat aber zur notwendigen Konsequenz, daß nach dem Belieben der Parteien auch jeder Konsensualkontrakt zum Realkontrakt werden könnte. Auch im Prozeß müßten die reale und die konsensuale Form desselben Vertragstyps so verschieden behandelt werden, „daß, wer das eine gewollt hätte, das andere vor Gericht einfach leugnen könnte".[2]) Die Unhaltbarkeit einer solchen Auffassung folgt schon daraus, daß der Gegensatz von Real- und Konsensualverträgen den Parteien meistens unbekannt ist.

Weiterhin wird die Behauptung aufgestellt, der Empfänger der Sache könne, selbst wenn er wolle, vor der Hingabe gar nicht den Willen haben, zur Rückgabe verpflichtet zu sein. Cohn[3]) kombiniert diese Behauptung sogar mit der vorigen. Er meint also, der Empfänger wolle vor dem Empfang nicht zur Rückgabe verpflichtet sein und könne es auch nicht sein wollen. Begründet wird dies u. a. damit, daß die Realverträge durch ihren spezifischen Willensinhalt bestimmt würden. Der Willensinhalt der Realverträge sei: etwas Gegebenes zurückzugeben und zu empfangen. Der Wille, etwas erst Gegebenes dereinst zu restituieren, erscheine diesem scharf umgrenzten Willensinhalt gegenüber als ein anderer, und der erstgedachte sei ohne res nicht möglich.[4]) Also wieder der Gedanke, daß sich in der Rückgabepflicht Begriff und Aufgabe des Realvertrags erschöpfen. Nur als Modifikation der Degenkolbschen Begründung sind daher auch die Worte von Schey aufzufassen, daß sich der Geschäftszweck im Geben von der einen Seite und in Gebrauch bezw. Verwahrung und schließlich Rückgabe von der anderen Seite erschöpfe.

Aber abgesehen davon, daß sich der Zweck als Kriterium der Verträge wenig empfiehlt, wird sich bei einer solchen Bestimmung des Wesens der Realverträge die Scheidung zwischen dem ver-

---

[1]) Bähr, Anerkennung S. 16.
[2]) Dies wird von Bähr in der Tat behauptet. Vgl. Urteile des RG. S. 34.
[3]) Cohn in Endemanns Handb. Bd. 3 S. 244.
[4]) Degenkolb im Arch. f. ziv. Prax. Bd. 71 S. 40.

zinslichen und dem unverzinslichen Darlehen nicht vermeiden lassen. Daher ist die ganze Auffassung unhaltbar. Es gilt gegen sie alles, was oben bei der Widerlegung v. d. Pfordtens gesagt worden ist.

Wie tief eingewurzelt aber unter den Schriftstellern die Auffassung ist, daß sich eine Verpflichtung zur Rückgabe ohne Hingabe nicht denken läßt, zeigt das Beispiel von Demelius.[1]) Dieser glaubt nämlich den Begriff des Realvertrages für das moderne Recht gänzlich abtun zu können, muß es aber erleben, daß dieser unter seinen Händen im vollen Umfange wieder zum Vorschein kommt. Demelius geht von der Behauptung aus, daß heutzutage die Hingabe der Sache in jedem Falle solvendi causa erfolge. Allerdings sei sie nicht „Erfüllung einer vorausgehenden Schuld in dem Sinne, daß zwischen Lösung und Begründung der Verpflichtung ein zeitlicher Zwischenraum existiere, aber doch Erfüllung einer Verbindlichkeit, die nach dem Vertragswillen in demselben Augenblicke übernommen und gelöst würde". Die Hingabe der Sache wirkt also, wie er meint, nicht erst schuldbegründend. Das Geben und das Nehmen ist vielmehr nur ein äußerliches Kennzeichen dafür, daß die Parteien sich dahin geeinigt haben, jeder etwas zu leisten. Es erfolgt somit lediglich „in Ausführung des Vertragswillens".

Nun findet Demelius aber, daß bei den sogen. Realverträgen ein pactum de contrahendo existieren könne, bei den auf Hingabe berechneten Konsensualverträgen dagegen nicht. Der Grund dieser eigentümlichen Erscheinung liegt seiner Ansicht nach darin, daß die letzteren eine Rückgabepflicht nur nebenbei enthalten, während bei den ersteren der Empfänger ausschließlich zur Rückgabe verpflichtet ist. Der Verwahrer z. B. bewahre die Sache nur deshalb, weil er sie zurückgeben müsse und bezüglich der Rückgabe für Vorsatz und Fahrlässigkeit hafte.

Das heißt doch also wieder nichts anderes als: das Wesen der Realverträge besteht darin, daß bei ihnen die Verpflichtung des Empfängers zur Rückgabe der Sache vor der Hingabe nicht entstehen kann, weil die Hingabe eine begriffliche Voraussetzung der Rückgabe ist.

Im übrigen dürfte auch die Annahme, von der Demelius ausgeht, kaum gerechtfertigt sein. Wie soll man sich einen obligatorischen Vertrag denken, bei dem zwischen Begründung und Erfüllung ein zeitlicher Zwischenraum nicht existiert? Wenn die Zeitspanne zwischen Begründung und Erfüllung gleich Null ist, dann haben wir eben einen rein dinglichen Vertrag. Daß

---

[1]) In Iherings Jahrb. Bd. 8 S. 399ff.

sich die Hingabe der res, wie noch zu zeigen sein wird, in der Tat als ein solcher darstellt, dürfte schwerlich bei Demelius Anklang finden.

2. Der zweite Gesichtspunkt, von dem aus der Versuch gemacht wird, die Naturnotwendigkeit der Realverträge nachzuweisen, tritt uns aus den Ausführungen Eiseles[1]) entgegen. Eisele hat richtig erkannt, daß beim Realvertrag zwei verschiedene Elemente vorhanden sind, ein obligatorisches und ein dingliches. Diese sind aber, wie er meint, nicht als zwei voneinander getrennte, selbständige Verträge aufzufassen, sondern als Bestandteile eines einheitlichen Rechtsgeschäfts, die zueinander im Verhältnis von Zweck und Mittel stehen. Zweck des Rechtsgeschäfts sei die Verpflichtung des Schuldners, Mittel sei die res (datio). Der Gläubiger habe den Willen, den Schuldner zu verpflichten. Dieser Wille müsse also auch das Mittel, die res, umfassen. Der Schuldner hinwieder habe den Willen, sich nur durch die res verpflichten zu lassen. — Der Wille der Parteien sei aber kein „rein subjektiver, willkürlicher, sondern habe seine objektive Grundlage in dem Inhalte der Verpflichtungen, um die es sich handle".[2]) Und dies gelte für das römische Recht sowohl wie für das heutige.

Leider erweist sich aber auch diese Theorie nicht als haltbar. Wenn Eisele sagt, beim Realvertrage sei die res das Mittel für die Entstehung des Schuldverhältnisses, so will er natürlich sagen: sie ist das notwendige, einzig mögliche Mittel. Dies geht aus seinen Ausführungen deutlich hervor. Seine Lehre muß mit dem Augenblick fallen, wo bewiesen wird, daß das Schuldverhältnis auch auf eine andere Weise als durch die res entstehen kann. Und das läßt sich gerade beim Darlehen nachweisen, an dem Eisele seine Theorie entwickelt.

Ursprünglich ist beim Darlehen das Wort „res", „datio" gleichbedeutend mit „Verschaffung des Eigentums". Die res erscheint hier im Anfang der Entwicklung als wirkliche Übergabe vertretbarer Sachen vom Darlehensgeber an den Darlehensnehmer zu Eigentum. Dieser Fall gilt auch später noch als Normalfall. So sagt Paulus in l. 2 § 3 D. de reb. cred. XII, 1: „Mutuum non potest esse, nisi proficiscatur pecunia". In der Folgezeit wird dies nicht mehr so streng genommen. Es genügt, wenn überhaupt eine traditio stattfindet. Mithin genügt auch eine brevi manu traditio. Da aber — um mit Huschke[3]) zu reden — „das Darlehen kein Sach-, sondern ein Vermögensgeschäft ist, bei

---

[1]) In der Zeitschr. f. schweiz. R. Bd. 3 S. 1—47.
[2]) a. a. O. S. 14.
[3]) Lehre vom Darlehen S. 28.

dem es auf seiten des Darleihers als Gläubigers darauf ankommt, daß es aus dessen Vermögen begründet wird", so tritt mit steigendem Verkehr an die Seite der direkten Hingabe die indirekte. Die datio kann jetzt auch dadurch erfolgen, daß der Darlehensgeber dem Darlehensnehmer die Valuta in seinem Namen von einem Dritten zahlen läßt oder auch nur die erfolgte Zahlung genehmigt. Dieser Rechtszustand tritt uns in einer ganzen Reihe von Digestenstellen entgegen. So sagt Paulus in l. 126 § 2 D. 45, 1: „Plane si liber homo nostro nomine pecuniam daret vel suam vel nostram, ut nobis solveretur, obligatio nobis pecuniae creditae adquireretur". Und Ulpian berichtet in l. 9 § 8 D. 12, 1: „. . . Julianus quoque de hoc interrogatus scribit: . . . nec dubitari, quin si meam pecuniam tuo nomine voluntate tua dedero, tibi adquiritur obligatio". Dieselbe Entwicklung haben wir auf seiten des Darlehensnehmers. Hier kommt die Darlehensobligation auch dann zustande, wenn der Darlehensgeber auf Anweisung des Darlehensnehmers die Valuta an einen Dritten zahlt.[1]) Einen weiteren Schritt bedeutet der contractus mohatrae, wo sich der Empfänger der Sache durch ihren Verkauf selbst erst die Darlehensvaluta verschaffen soll.

Bis hierher läßt sich die Entwicklung mit Eiseles Theorie noch in Einklang bringen. Aber nun handelt es sich darum, ob man von dem Zustandekommen einer Darlehensobligation durch res, datio auch noch bei der Umwandlung einer bestehenden Schuld in eine Darlehensschuld sprechen kann. Über die rechtliche Möglichkeit einer solchen Umwandlung besteht im römischen Recht bekanntlich eine scharfe Kontroverse zwischen Ulpian und Africanus.[2]) Die gemeinrechtliche Theorie hat nach langem Streit die Frage in bejahendem Sinne entschieden, und heutzutage bestimmt § 607 Abs. 2 BGB. ausdrücklich: „Wer Geld oder andere vertretbare Sachen aus einem anderen Grunde schuldet, kann mit dem Gläubiger vereinbaren, daß das Geld oder die Sachen als Darlehen geschuldet werden sollen".

Endemann[3]) freilich ist der Ansicht, daß das Darlehen ungeachtet dieser Bestimmung Realvertrag bleibe, weil „erst durch die in der Umwandlung vollzogene Übermachung der Summe die Verpflichtung zu ihrer Rückerstattung als Darlehen entstehe". Es geht aber doch wohl etwas zu weit, hier noch von einer indirekten Hingabe zu reden. Wir müssen daher v. Schey[4]) zu-

---

[1]) vgl. Huschke a. a. O. S. 45ff.; v. Schey S. 81; vgl. auch Schloßmann bei Grünhut Bd. 9 S. 23ff.

[2]) vgl. l. 15 D. 12 1 mit l. 34, pr. D. 17, 1.

[3]) Lehrb. Bd. 1 S. 1157 N. 10.

[4]) a. a. O. S. 85; vgl. auch v. Salpius, Novation und Delegation S. 326; Krahmer S. 32.

stimmen, wenn er erklärt, daß hier die Annahme einer wirklichen Eigentumsübertragung eine reine Fiktion sei.

Wir glauben hiermit dargetan zu haben, daß die res nicht das notwendige, einzig mögliche Mittel ist, um den Zweck der Darlehensobligation zu erreichen. Ein Darlehensvertrag kann auch noch auf anderem Wege gültig zustande kommen. Eiseles Theorie wäre damit widerlegt.

3. Den letzten Versuch, die Naturnotwendigkeit der Realverträge zu begründen, hat Adler[1]) unternommen. Seiner Ansicht nach ist die res nicht Bedingung und auch nicht Voraussetzung. Von der Bedingung unterscheide sie sich in drei Punkten: Die Bedingung beruhe auf dem Willen der Kontrahenten, die res regelmäßig auf dem objektiven Recht. Ferner sei „die Bedingung gar nicht, das Bedingte nur bedingt gewollt". Bei der res hingegen umfasse der Wille die res und die an sie geknüpfte Rechtsfolge in gleicher Weise. Schließlich bestehe ein Unterschied zwischen beiden noch darin, daß bei der Bedingung eine Verpflichtung von vornherein vorhanden sei, während der res eine Verpflichtung nicht vorangehe. Der Hauptunterschied zwischen res und Voraussetzung liegt nach Adler darin, daß ohne die res „der von ihr abhängige Erfolg des Rechtsgeschäfts überhaupt nicht gewollt ist". Mit einem Wort: der Realvertrag ist ein solcher, „der ohne Sachleistung nicht bestehen kann".

Vergebens sucht man bei Adler nach einer Erklärung dieser Erscheinung. Die res ist eben „Qualitätserfordernis des Realvertrags schlechthin, nicht in einer bestimmten Beziehung". Der bloße Konsens ist zwar auch ein Vertrag, aber nicht dieser Vertrag.[2])

Diese Begründung ist eine rein äußerliche. Wenn damit das Wesen des Realvertrags charakterisiert sein soll, so könnte man, wie Bülau treffend bemerkt, mit demselben Rechte sagen: „Der Barkauf sei allein ein Kauf, der Konsensualkauf dagegen keiner".

c) Wohl die eigenartigste von allen Theorien, die über das Wesen der Realverträge aufgestellt worden sind, vertritt Schloßmann[3]) im Anschluß an seine Lehre vom Vorvertrag. Um zu zeigen, daß alle diejenigen Punkte falsch gewählt sind, auf denen man bisher den Gegensatz von Real- und Konsensualverträgen aufzubauen versucht hat, vergleicht er commodatum und depositum mit Sach- und Dienstmiete. Er kommt dabei zu dem Ergebnis, daß hinsichtlich des realen wie des konsensualen Elements bei

---

[1]) In Iherings Jahrb. Bd. 31 S. 192ff.
[2]) a. a. O. S. 202.
[3]) In Iherings Jahrb. Bd. 45 S. 38ff.

beiden Gruppen von Verträgen eine „volle Gleichheit der Tatbestände“ vorliegt. Die Hingabe der Sachen von seiten der einen Partei, ihre Empfangnahme von seiten der anderen sei hier wie dort lediglich als erster Schritt zur Realisierung einer vorangehenden Willenseinigung zu betrachten. Hier wie dort könne auch die „Herstellung des realen Moments“ dem konsensualen vorangehen.

Während aber bei der Sachmiete und beim Dienstvertrage der Vermieter und der Dienstverpflichtete auf Übernahme bezw. Hingabe klagen könnten, entfalle bei commodatum und depositum jede Verpflichtung, sofern sie nicht freiwillig erfüllt würde, und infolgedessen auch jeder Anspruch aus der Nichterfüllung oder der verspäteten Erfüllung. Das gleiche gälte für mutuum und pignus insofern, als auch bei diesen ein Rechtszwang zur Erfüllung nicht existiere. Die Realverträge hätten also ihr gemeinsames Merkmal darin, daß eine klagbare Verpflichtung erst dann bestehe, wenn bereits von einer Seite erfüllt sei.

Der Grund hierfür liegt, wie Schloßmann behauptet, „teils in ihrer besonderen wirtschaftlichen Natur, teils in den verschiedenen Bedürfnissen hinsichtlich der technischen Gestaltung des Rechtsschutzes“. Beim depositum, commodatum und unverzinslichen Darlehen liegt er darin, daß diese Verträge reine „Gefälligkeitsgeschäfte“ sind. Beim pignus hat „der Mangel eines Bedürfnisses für Gewährung einer actio einen direkten rechtlichen Zwang zur Hingabe des versprochenen Pfandes nicht aufkommen lassen“.

Gestützt wird diese Ansicht durch eine Reihe von Beispielen, welche beweisen sollen, daß der römische Staat keine Veranlassung gehabt habe, dem Empfänger eines nur aus Gefälligkeit gegebenen Versprechens seine Zwangsmittel zur Verfügung zu stellen, um die Erfüllung des Versprechens zu erzwingen.

Zugegeben, daß dies in der Tat der Grund für die exzeptionelle Behandlung der Realverträge im römischen Recht ist, so folgt doch hieraus noch keineswegs, daß er auch für das heutige Recht gilt. Es ist entschieden irrig, zu behaupten, daß sich die Realverträge von den Konsensualverträgen schlechthin durch die rechtliche Behandlung unterscheiden, welche den ersteren im römischen Rechte zuteil geworden ist.[1] Aber sehen wir uns einmal einige Gefälligkeitsversprechen näher an, die nach Schloßmanns Lehre einen Schutz von seiten der Rechtsordnung erst dann verdienen, wenn der erste Schritt zur „Herstellung des der Zusage entsprechenden Zustandes“ getan ist. Bilden wir für jeden der Realverträge ein Beispiel.

---

[1] vgl. Schloßmann S. 53.

A hat dem Kaufmann B, seinem Freunde, fest versprochen, an einem bestimmten Tage ein unverzinsliches Darlehen zu geben. Er erfüllt sein Versprechen nicht. Ein auf B gezogener Wechsel muß infolgedessen protestiert werden. Das Handlungshaus des B erleidet dadurch einen bedeutenden Vermögensschaden.

A verspricht dem B, für die Zeit einer Reise dessen Wertpapiere in Verwahrung zu nehmen. Im letzten Augenblick sagt er ab. B kann nicht reisen und ein für ihn außerordentlich vorteilhaftes Geschäft nicht abschließen.

A hat dem Rechtskandidaten B fest versprochen, ein bestimmtes wissenschaftliches Werk zu leihen. Er hält sein Versprechen nicht, und B läuft Gefahr, seine Prüfungsarbeit nicht rechtzeitig vollenden zu können.

Kann man in allen diesen Fällen sagen, daß ein schutzwürdiges Interesse des B nicht vorliegt, und daß es „unserem Rechtsgefühl widerspricht, denjenigen, der die Leistung zugesagt hat, zur Leistung zu zwingen?“ Wenn Schloßmann (a. a. O. S. 78) als Argument für seine Lehre anführt, daß sich solche Prozesse in den Spruchsammlungen unserer Gerichte nicht vorfinden, so geht daraus noch nicht hervor, daß sie im Leben nicht vorkommen können. Und wenn er sich vergleichsweise auf die Unverbindlichkeit des Versprechens beruft, in einem Quartett mitzuspielen oder jemanden zum Walzer zu engagieren, so kann u. E. kaum etwas die Haltlosigkeit seiner Theorie deutlicher zeigen als dieser Begründungsversuch.

Im übrigen ist es Schloßmann gar nicht so darum zu tun, das Wesen der Realverträge zu bestimmen. Im Vordergrunde des Interesses steht für ihn der Vorvertrag, dessen Existenzberechtigung von ihm bei Real- wie bei Konsensualverträgen geleugnet wird. Bevor wir aber diesen streifen, können wir mit Hilfe der gewonnenen Gesichtspunkte darstellen, worin unserer Ansicht nach das Wesen der res und damit der vermeintliche Gegensatz von Real- und Konsensualverträgen besteht. Denn bis jetzt wissen wir eigentlich nur, worin er nicht besteht.

III. Entwicklung der eigenen Auffassung.

a) Wir haben gesehen, daß sich bei Schloßmann schon bemerkenswerte Ansätze zu derjenigen Konstruktion der „Realverträge“ finden, die für das heutige Recht u. E. allein zu einem befriedigenden Ergebnis führt. Es ist ihm bei dem Vergleiche einiger Realverträge mit solchen Konsensualverträgen, die wirtschaftlich einen ähnlichen Zweck verfolgen, aufgefallen, daß bei beiden Vertragsgruppen nach der Vorleistung des einen Kontra-

henten eine „volle Gleichheit der Tatbestände hinsichtlich des realen und des konsensualen Moments“ vorhanden ist. Daß Schloßmann diesen richtigen Gedanken nicht konstruktiv verwertet hat und statt dessen auf Irrwege geraten ist, erscheint bei seiner Grundanschauung über den Begriff des Vorvertrags verständlich.

Wenn wir an dieser Stelle mit unserer Untersuchung einsetzen, so müssen wir konstatieren, daß alle Argumente, welche man gegen die konsensuale Auffassung der Realverträge geltend gemacht hat, ebensowohl bei einer Anzahl von Verträgen geltend gemacht werden könnten, die unbestritten konsensualen Charakter tragen. Dies gilt namentlich von dem Hauptargument der Realvertragsanhänger: dem Zustandekommen der Rückgabepflicht und ihrer inneren Beziehung zur res.

Daß die Realverträge eine von den Konsensualverträgen abgesonderte Behandlung nicht verdienen, zeigt sich am deutlichsten, wenn man die Struktur zweier Verträge miteinander vergleicht, welche beide die Vereinbarung einer Gegenleistung enthalten, z. B. das verzinsliche Darlehen und die Sachmiete. Schon äußerlich zeigt sich bei beiden dasselbe Bild. Der Hingabe des Darlehensbetrages entspricht die Übergabe des Mietobjekts. Beim Darlehen wie bei der Miete bilden Zinsen das Äquivalent für die Leistung. In beiden Fällen besteht eine Verpflichtung zur Rückgabe. Der einzige Unterschied ist der, daß bei der Miete idem, beim Darlehen tantundem zurückerstattet werden soll. Wir haben es also allem Anscheine nach hier wie dort mit einem synallagmatischen Vertrage zu tun. Warum geht nun die herrschende Lehre dahin, daß die Rückgabepflicht bei dem Darlehen „re“, bei der Miete „consensu“ zustande kommt?

Eisele (a. a. O. S. 31—34), der die Gefährlichkeit der Parallele für die Realvertragstheorie sehr wohl erkannt hat, sucht die letztere mit verschiedenen Beweisgründen zu verteidigen. Erstens könne beim Darlehen von synallagmatischen Beziehungen zwischen den beiden Seiten des Schuldverhältnisses nicht die Rede sein. Bei einem Synallagma könne stets jede der beiden Verpflichtungen zuerst erfüllt werden. Die Erfüllung einer Rückgabepflicht sei aber kraft ihres Inhalts vor der Hingabe unmöglich. Zweitens sei beim Darlehen die Rückzahlungspflicht des Darlehensnehmers die prinzipale, die Zinspflicht gehe nur nebenher. Bei der Miete hingegen sei die Verpflichtung zur Zinszahlung die prinzipale; die Rückzahlungspflicht gehe nebenher. Diese Verschiedenheit zeigt sich nach Eiseles Ansicht besonders im Konkurse, wo der Vermieter ein Aussonderungsrecht hat, der Darlehensgeber dagegen nicht.

Was zunächst das zweite Argument Eiseles betrifft, so erscheint uns dieses außerordentlich künstlich. Es zeugt von einer

Verkennung der wahren Lebensverhältnisse. Denn man kann im juristischen wie im wirtschaftlichen Sinne weder beim Darlehen von einer Prinzipalität der Kapitalschuld noch bei der Miete von einer Prinzipalität der Zinsschuld sprechen. Wenn mir z. B. eine Mietbücherei Bücher vermietet, so kommt es ihr nicht allein auf den Mietzins, sondern mindestens ebensosehr darauf an, daß ich die Bücher gut halte, nicht mit Strichen verunziere, und daß ich sie wieder zurückgebe. Wenn ich jemandem mein Fahrrad vermiete, so liegt mir nicht soviel an dem Entgelt für die Gebrauchsüberlassung, als daran, daß der Mieter es richtig behandelt und wieder an mich abliefert. Das wird auch von Kohler[1]) richtig hervorgehoben.

Ebensowenig wird man beim Darlehen von einer überwiegenden Bedeutung der Darlehensschuld sprechen dürfen. Die Zinspflicht hat freilich die Entstehung der Darlehensschuld zur Voraussetzung. Daraus folgt aber noch keine Prinzipalität der letzteren. „Gerade die Zinspflicht", sagt Kohler (a. a. O. S. 227), „ist für das ganze Geschäft das Maßgebende und Entscheidende. Die Hingabe des Kapitals, verbunden mit der Rückzahlungspflicht, tritt in ein anderes Licht, nimmt eine andere Färbung an, wenn das Darlehen nicht gratis belassen wird, sondern gegen Zeitlohn." An die Rückzahlung der Darlehenssumme denke der Darlehensgeber natürlich auch, aber es sei ihm am liebsten, wenn das Kapital recht lange stehen bleibe. Denn vor allen Dingen wolle er seine jährliche Rente.

Man sieht also, daß in dieser Hinsicht Miete und Zinsdarlehen eine analoge Struktur aufweisen. Wenn sich Eisele auf die verschiedene konkursrechtliche Stellung des Darlehensgebers und des Vermieters beruft, um diese Analogie abzuleugnen, so greift dieses Argument auch nicht durch. Denn daß der Vermieter im Konkurse des Mieters besser gestellt ist als der Darlehensgläubiger im Konkurse des Darlehensschuldners, erklärt sich damit, daß beim Darlehen Eigentum übergeht, während bei der Miete nur Besitz übertragen wird.

Ernster zu nehmen ist dagegen das erste von Eiseles Argumenten. Daß bei einem Synallagma jede der beiden in Verbindung stehenden Verpflichtungen zuerst erfüllt werden kann, ist zweifellos. Denn darin besteht ja gerade das Wesen des Synallagmas. Wenn Kohler (a. a. O. S. 224) freilich behauptet, es genüge zu einem synallagmatischen Vertrage, wenn beide Verbindlichkeiten eine Einheit bilden, im übrigen aber könne ihr zeitliches Verhältnis gestaltet sein, wie es wolle, so kann man ihm

[1]) Im Arch. f. bürgerl. R. Bd. 2 S. 225.

hierin nicht zustimmen. Die Analogie von Miete und Zinsdarlehen würde also einen bedenklichen Stoß erhalten.

Nun wird aber von Lammfromm[1]) mit Recht darauf hingewiesen, daß bei einem synallagmatischen Vertrage durchaus nicht alle vereinbarten Verpflichtungen zum Synallagma gehören. „Nur diejenigen Leistungen und Versprechungen sind Elemente des Synallagmas, welche ausdrücklich die Erlangung der Versprechungen des anderen Teiles zum Zwecke haben.“ Unter diesem Gesichtspunkte sind bei Miete und Darlehen nur das Versprechen der Gebrauchsüberlassung bezw. der Valutazahlung auf der einen Seite, das Versprechen des Zinses auf der anderen Seite als Elemente des Synallagmas zu betrachten. Das Versprechen des Mieters, die Mietsache zurückzugeben, gehört dagegen ebensowenig zum Synallagma wie das Versprechen des Darlehensnehmers, das Kapital zurückzuzahlen. Es entsteht von selbst und ohne dahingehende ausdrückliche Vereinbarung.

Wir kommen daher gerade zu dem entgegengesetzten Ergebnis wie Eisele. Die Rückzahlungspflicht des Darlehensnehmers ist in der Darlehensobligation nicht das Prinzipale; sie trägt vielmehr einen akzessorischen Charakter. „Die Hauptsache, zu der sie als Akzessorium hinzutritt, ist die Hingabe des Kapitals.“[2]) Oder allgemein ausgedrückt: „Die Verpflichtung zur Rückgabe ist eine korrespondierende Pflicht der Forderung auf Hingabe“.[3])

Was wir damit für unsere Auffassung vom Wesen der Realverträge gewonnen haben, zeigt sich sogleich. Wenn nämlich die Verpflichtung zur Rückgabe mit der Forderung auf Hingabe korrespondiert, so kann sie nicht erst mit der Hingabe entstehen. Sie geht der Hingabe begrifflich voraus, ganz gleich, ob der Vertrag ein synallagmatischer oder ein nichtsynallagmatischer, ein oneroser oder ein lukrativer ist. Erfolgt die Hingabe, so wird die Rückgabepflicht aktuell. Und dies ist der Fall sowohl bei solchen Verträgen, wo eine Abnahmepflicht besteht, als auch bei solchen, wo sie nicht besteht. Man sieht nun, wie unrichtig die Behauptung Eiseles ist, daß im Falle mangelnder Annahmepflicht die Erklärung des künftigen Empfängers, sich zur Rückgabe zu verpflichten, so viel bedeute wie „ich verpflichte mich, wenn ich mich verpflichten will“.

Die Hingabe, die res, ist also lediglich Erfüllung einer condicio tacita sive iuris. Und da die res diese eigentümliche Rolle nicht nur bei den Realverträgen, sondern auch bei der

---

[1]) Lammfromm, Teilung, Darlehen usw. S. 221.
[2]) Lammfromm S. 223.
[3]) Scherler a. a. O. S. 31.

Miete spielt, aber auch bei anderen Verträgen teils notwendig (wie beim Werkvertrag), teils zufällig (wie beim Auftrage) in dieser Bedeutung vorkommt, so können die Realverträge nicht anders gebildet sein als jene Verträge, die unbestritten Konsensualverträge sind. Man kann sie nicht mehr in einen Gegensatz zu den Konsensualverträgen bringen. Die Hingabe erfolgt also bei ihnen nicht „obligandi", sondern „solvendi causa". Res und obligatio bilden keine Einheit. Die res ist vielmehr ein rein dinglicher Vertrag. Das „Darlehen" ist jetzt nicht mehr die Hingabe von Geld oder anderen vertretbaren Sachen, sondern der Vertrag, in dem jemand einem anderen die Hingabe dieser Gegenstände verspricht. Die „Leihe" ist der Vertrag, in dem jemand einem anderen die Hingabe einer Sache zu unentgeltlichem Gebrauch verspricht usw. Die Verpflichtung zur Rückgabe versteht sich als mit dem Anspruch korrespondierende Pflicht von selbst. Die sogen. Realverträge sind also stets zweiseitige Verträge. Entgeltliches Darlehen und entgeltliche Verwahrung sind synallagmatische Verträge.[1])

Die konsensuale Konstruktion des Darlehens und der Realverträge überhaupt hat man von verschiedenen Seiten aus angegriffen. Teils beruft man sich dabei auf die geschichtliche Entwicklung, teils auf die Anschauung im Rechtsverkehr.

So sagt z. B. Huschke (a. a. O. S. 27), das Darlehen als Konsensualvertrag aufzufassen sei „ein moderner, die Natur der Sache und alle geschichtliche Entwicklung des Rechts verleugnender Gedanke". Ein moderner Gedanke ist es gewiß. Daß er aber die geschichtliche Entwicklung des Rechts verleugnet, möchten wir bezweifeln. Im übrigen vermag die geschichtliche Entwicklung für sich allein gar nichts zu beweisen.

Und was die Verkehrsanschauung betrifft, so ist das ein völlig vager Begriff, mit dem man nahezu alles beweisen kann. Man vergleiche nur einmal die Äußerungen der einzelnen Schriftsteller. Crome,[2]) der Anhänger des Realvertrags, ruft pathetisch aus: „Jede andere Auffassung ist gekünstelt, preßt das Leben in die Schablone grauer Theorie und richtet sich durch den mangelnden Kontakt mit dem, was täglich vor unseren Augen vorgeht". Und Kohler (a. a. O. S. 229), der Vorkämpfer der konsensualen Auffassung, plädiert für diese mit den Worten: „Man halte Umfrage in den beteiligten Kreisen, ob das nicht die Vorstellung des Verkehrs ist!"

---

[1]) Im Ergebnis übereinstimmend Scherler S. 33.

[2]) Partiarische Rechtsgeschäfte S. 371, im Wortlaut nahezu gleich Enneccerus, Lehrb. S. 923.

b) Wir müssen jetzt noch einen Blick auf den Vorvertrag werfen. Denn wie wir schon bei Behandlung von Schloßmanns Theorie gesehen haben, steht dieser zu der Lehre von den Realverträgen in nahen Beziehungen. Thöl[1]) hat den Vorvertrag als einen Vertrag bezeichnet „des Inhalts, daß ein Vertrag geschlossen werden solle, also als einen gegenwärtigen Vertrag, welcher einen künftigen verspricht". Diese nicht ganz einwandfreie Definition wird heute von der herrschenden Lehre dahin modifiziert, daß der Vorvertrag ein Vertrag sei, in dem einer oder jeder der beiden Kontrahenten dem anderen zum Abschlusse eines zweiten Vertrags mitzuwirken verspricht.

Den Begriff des Vorvertrages hat man mit Hilfe der Logik zu bekämpfen versucht. Man hat behauptet, wenn man Vorvertrag und Hauptvertrag trenne, so bedinge dies eine doppelte, nach derselben Richtung hinzielende Bindung des Willens, und das sei ein „logischer Pleonasmus".[2]) Dieser Angriff wird aber von Degenkolb[2]) abgeschlagen, indem dieser mit Recht darauf hinweist, daß das Versprechen der künftigen Abgabe einer Willenserklärung mit dieser nicht zusammenfalle, daß sich also die Kontrahenten auch zu einem künftigen Vertragsschlusse verpflichten könnten.

Nach Ansicht der Anhänger des Realvertrags geht regelmäßig dem durch die res zustandekommenden Hauptvertrage, z. B. dem Darlehensvertrage, ein Vorvertrag voran, „in dem die Verpflichtung zum Geben und Nehmen eines genau festgestellten Darlehensvertrages vereinbart wird".[4]) Wenn man nun alle Verträge einheitlich als Konsensualverträge behandelt und eine rechtliche Sonderstellung der Realverträge nicht mehr anerkennt, so gewinnt auch der Vorvertrag eine andere Bedeutung. In der überwiegenden Mehrzahl der Fälle wird man die eine künftige Leistung seitens eines der beiden Kontrahenten betreffende Vereinbarung der Parteien schlechthin als den „Darlehensvertrag", den „Leihvertrag" usw. ansehen müssen. Infolgedessen wird von einzelnen Vertretern der konsensualen Auffassung der Vorvertrag ganz verworfen.[5]) Dieser radikalen Ansicht vermögen wir uns nicht anzuschließen.

Man hat hier vielmehr zu unterscheiden zwischen denjenigen Vereinbarungen, durch welche nur ein Kontrahent gebunden wird, und denjenigen, welche die Bindung beider Kontrahenten zur

---

[1]) Handelsrecht Bd. 1 S. 778.
[2]) vgl. Storch a. a. O. S. 60ff.
[3]) Arch. f. d. ziv. Pr. Bd. 71 S. 54ff.
[4]) Endemann, Lehrb. Bd. 1 S. 1159.
[5]) vgl. Kohler S. 216 u. 238; Scherler S. 36.

Folge haben. Im letzteren Falle ist der Vorvertrag, der begrifflich auch hier nicht ausgeschlossen ist, aus praktischen Gründen zu verwerfen. Im ersten Falle ist die Existenz eines Vorvertrags quaestio facti. Er braucht nicht vorhanden zu sein, ist regelmäßig wohl nicht vorhanden, aber er kann es sein. Und diese Unterscheidung gilt nicht nur für die ehemaligen Realverträge. Sie gilt für die Konsensualverträge schlechthin. Denn wenn sich die Parteien gegenseitig zur Mitwirkung beim Abschlusse des Hauptvertrages verpflichten, so tun sie besser daran, den Hauptvertrag gleich abzuschließen. Der Vorvertrag bedeutet für sie nur einen Umweg, eine unnötige Komplizierung des Rechtsverkehrs. Anders der einseitig verpflichtende Vorvertrag. Daß dieser einen praktischen Wert hat, müssen selbst diejenigen Schriftsteller zugeben, die den Vorvertrag ganz verwerfen.[1]) Auf den Sicherungszweck hat schon Eisele (a. a. O. S. 29) hingewiesen. Und Schapp[2]) hat in seiner Monographie in überzeugender Weise dargestellt, daß sich der Vorvertrag nicht immer durch einen bedingten Vertrag oder durch eine auf längere Zeit bindende Vertragsofferte ersetzen läßt, sondern daß es Fälle gibt, wo die Parteien ihren Zweck nur durch einen Vorvertrag erreichen können. In der Praxis kann es freilich oft recht zweifelhaft sein, ob im konkreten Falle ein bereits vollständig abgeschlossener Hauptvertrag oder ein Vorvertrag mit nachfolgendem eigentlichen Kontrakt vorliegt. Aber die Schwierigkeiten, die sich nach dieser Richtung hin ergeben, müssen sich überwinden lassen. So wie ja viele andere Schwierigkeiten in der Praxis überwunden werden.

B. Wie stellt sich das Bürgerliche Gesetzbuch zu dem Gegensatz von Real- und Konsensualverträgen?

I. Allgemeines.

Bevor wir auf die praktische Bedeutung des Gegensatzes von Real- und Konsensualverträgen näher eingehen, wollen wir feststellen, welche Stellung das Bürgerliche Gesetzbuch in unserer Frage einnimmt. Denn es wäre zwecklos, die Vorzüge der realen oder der konsensualen Konstruktion in der Praxis darzustellen, wenn das Gesetz durch seinen Machtspruch die Frage im entgegengesetzten Sinne entschieden hätte.

Die „merkwürdige Streitfrage", ob der Gegensatz von Real- und Konsensualverträgen für das heutige bürgerliche Recht noch

---

[1]) vgl. z. B. Schloßmann S. 8.

[2]) Der Vorvertrag bei Konsensualverträgen S. 14 ff.

verwendbar ist, stellt sich notwendigerweise bei jedem Versuch einer Kodifikation des Rechts der Schuldverhältnisse ein.

Nachdem sie bereits im Jahre 1866 bei den Beratungen der Dresdener Kommission aufgeworfen und im verneinenden Sinne entschieden worden war,[1]) trat sie auch an die Redaktoren des Bürgerlichen Gesetzbuches heran. Diese beschlossen aber eine definitive Entscheidung nicht zu geben, sondern die Frage der Wissenschaft zu überlassen. Man hat daher im Bürgerlichen Gesetzbuch das Wort „Realvertrag" sorgfältig vermieden. Ja man ist sogar so weit gegangen, die „Realverträge" im systematischen Aufbau des Gesetzes nicht nebeneinander zu stellen, sondern nach anderen Gesichtspunkten einzugliedern. Während Leihe und Darlehen zwischen Miete und Dienstvertrag ihren Platz gefunden haben, wird die Verwahrung im Anschluß an den Auftrag und die Geschäftsführung ohne Auftrag behandelt. Und so steht denn das Bürgerliche Gesetzbuch völlig im Zeichen dieser Unsicherheit, was im Interesse des Rechtsverkehrs nicht gerade als wünschenswert erscheint. Dieselbe Unsicherheit macht sich infolgedessen auch in der Literatur geltend. „Weder über den Grund, aus welchem, noch über den Umfang, in welchem Realkontrakte anzunehmen sind, herrscht allseitige Übereinstimmung und wünschenswerte Klarheit. Man statuiert bald diesen, bald jenen Vertrag als Realkontrakt, mehr instinktmäßig und in traditioneller Weise als mit Bewußtsein und aus einem leitendem Prinzip heraus."[2])

II. Spezielles.

a) Sehen wir uns nun einmal die Rechtsregeln, welche das Bürgerliche Gesetzbuch für die einzelnen „Realverträge" gibt, etwas näher an.

So heißt es z. B. in § 607 Abs. 1: „Wer Geld oder andere vertretbare Sachen als Darlehen empfangen hat, ist verpflichtet, dem Darleiher das Empfangene in Sachen von gleicher Art, Güte und Menge zurückzuerstatten". Wie die Motive (Bd. 2 S. 305) zu dem hiermit wörtlich übereinstimmenden § 453 Abs. 1 des 1. Entw. sagen, soll damit die Frage, ob der Darlehensvertrag heutzutage als Konsensualvertrag anzusehen ist, nicht entschieden werden. Das Gesetz soll sich also in dem Streit der Meinungen völlig neutral verhalten. Und es bietet in der Tat weder für die eine noch für die andere Auffassung einen Anhaltspunkt, zumal es eine wirkliche Definition des Darlehens nicht enthält.

---

[1]) vgl. Prot. S. 198ff. u. 243ff.

[2]) Demelius S. 2.

§ 607 Abs. 1 gibt keine Bestimmung darüber, mit welchem Augenblick das Schuldverhältnis zwischen dem Darlehensgeber und dem Darlehensempfänger entsteht. Er sagt nicht, ob die Verpflichtung zur Rückzahlung schon vor dem Empfange oder erst nach dem Empfange der Darlehensvaluta entstanden ist. Er sagt lediglich, daß der Empfänger zur Rückleistung verpflichtet ist, ein Satz, der sich eigentlich von selbst versteht. Wenn daher die landläufige Interpretation dieses Paragraphen dahin geht: es sei für die Begründung der Darlehensschuld wesentlich, daß der Darlehensschuldner das Darlehen empfange; durch ein bloßes Darlehensversprechen werde eine Darlehensschuld noch nicht begründet,[1] so können wir nicht umhin, zu sagen, daß damit in die Norm des § 607 Abs. 1 BGB. etwas hineininterpretiert wird, was nicht darin enthalten ist.

Man komme uns nicht mit dem Einwand, daß ein Gesetz nie etwas Selbstverständliches sage. Denn wenn die Redaktoren in unserer Streitfrage nicht Farbe bekennen wollten, waren sie zu einer solchen Fassung gezwungen.

Nun wird vielfach gegen die Konsensualnatur des Darlehens geltend gemacht, daß das Gesetz den Darlehensvertrag vom pactum de mutuo dando unterscheide, indem es in § 610 den Satz aufstelle: „Wer die Hingabe eines Darlehens verspricht, kann im Zweifel das Versprechen widerrufen, wenn in den Vermögensverhältnissen des anderen Teils eine wesentliche Verschlechterung eintritt, durch die der Anspruch auf die Rückerstattung gefährdet wird“.

Vom Standpunkt der Realvertragstheoretiker aus gesehen, kann freilich eine der Hingabe des Darlehensobjekts vorausgehende Vereinbarung der Parteien niemals das Darlehen selbst sein. Wenn sie aber in § 610 die Worte „Hingabe des Darlehens“ mit „Abschluß des Darlehensvertrags“ identifizieren und nun aus der Existenz des Vorvertrags auf die Realnatur des Darlehens im Bürgerlichen Gesetzbuch einen Schluß ziehen, so bedeutet das eine petitio principii.

Andererseits würde es wieder zu weit gehen, wenn man sagen wollte, das Versprechen der Hingabe eines Darlehens sei notwendig stets der Darlehensvertrag, weil hier das Wort „Darlehen“ gleichbedeutend sei mit „Darlehensobjekt“. Eine „Beredung über ein Darlehen“ kann vielmehr — worauf namentlich Krahmer (a. a. O. S. 45) hingewiesen hat — je nach den Intentionen der Parteien Darlehensvorvertrag oder (konsensualer) Darlehenshauptvertrag sein. Denn wie wir oben gesehen haben, fallen beide

---

[1]) vgl. Planck Bd. 2 S. 511; Matthiaß S. 320 u. a.

Verträge auch bei der konsensualen Auffassung des Darlehens nicht notwendig zusammen. Man darf also das Anwendungsgebiet des § 610 nicht zu eng fassen.[1])

Interessant ist es, daß Schloßmann (a. a. O. S. 70/71) gerade aus der in § 610 enthaltenen Anerkennung des Vorvertrags schweren Herzens den Schluß zieht, daß im Bürgerlichen Gesetzbuch der Darlehensvertrag zum Konsensualvertrag geprägt worden sei.

Man sieht also, daß die Bestimmungen, welche das Bürgerliche Gesetzbuch für das Darlehen gibt, der konsensualen Konstruktion dieses Vertrags nicht entgegenstehen.

b) Nicht anders verhält es sich bei der Leihe. Wenn das Bürgerliche Gesetzbuch in § 598 sagt: „Durch den Leihvertrag wird der Verleiher einer Sache verpflichtet, dem Entleiher den Gebrauch der Sache unentgeltlich zu gestatten", so läßt sich hieraus weder auf die reale noch auf die konsensuale Natur der Leihe ein Schluß ziehen. Ebensowenig wird die reale Konstruktion gesetzlich festgelegt, wenn § 604 Abs. 1 bestimmt: „Der Entleiher ist verpflichtet, die geliehene Sache nach dem Ablaufe der für die Leihe bestimmten Zeit zurückzugeben".

Wenn einzelne Schriftsteller[2]) im Hinblick auf § 604 BGB. die Leihe für einen Realvertrag erklären, weil ohne Hingabe der Sache eine Verpflichtung zur Rückgabe nicht denkbar sei, so brauchen wir hierauf nicht mehr einzugehen. Dieses Argument ist bereits im vorigen Abschnitt widerlegt.

Auch die Entstehungsgeschichte der einschlägigen Paragraphen bietet nach keiner Richtung hin einen wirklich sichern Anhaltspunkt. Der 1. Entwurf hatte in den §§ 550, 551 zwischen dem Verleiher und demjenigen, der „die Verleihung einer Sache zugesagt hat", unterschieden und in § 549 als Entleiher denjenigen bezeichnet, „der eine Sache zum unentgeltlichen Gebrauch von einem anderen empfangen hat". Wer einem anderen die Verleihung einer Sache zugesagt hat, sollte aus seinem Versprechen im Falle der Nichterfüllung für Vorsatz und Fahrlässigkeit haften. Und die einseitige Zusage wird in den Motiven (Bd. 2 S. 446) zu § 550 als „Vorvertrag" bezeichnet. Die 2. Kommission wollte aber, wie bei allen übrigen Realverträgen, so auch bei der Leihe die Frage, ob man es mit einem Real- oder einem Konsensualvertrage tun habe, der Wissenschaft überlassen.[3]) Sie hat daher die Scheidung zwischen dem Verleiher und demjenigen, der die Ver-

---

[1]) vgl. zu der Frage Krahmer a. a. O. S. 45/46.
[2]) z. B. Ebert in Fischer-Henles Handkommentar Anm. 2 zu § 598.
[3]) Prot. Bd. 2 S. 269.

leihung zugesagt hat, beseitigt und den §§ 549, 550 eine Fassung gegeben, die mit dem heutigen Wortlaut der §§ 598, 599 BGB. genau übereinstimmt.

Da somit in § 598 unter dem „Verleiher“ auch derjenige verstanden werden muß, der die Verleihung einer Sache zugesagt hat, und unter dem Entleiher auch derjenige, der diese Zusage erhalten hat, so ist nach der Ansicht von Kipp[1]) die Leihe im Bürgerlichen Gesetzbuch zum Konsensualvertrag geworden. Die herrschende Lehre steht freilich auf einem anderen Standpunkt.[2])

Es mag dahingestellt bleiben, ob die Normen des Bürgerlichen Gesetzbuchs in der Tat nur eine konsensuale Auffassung der Leihe gestatten. Der Beweis des Gegenteils liegt nicht in unserem Interesse. Wir bedauern nur, daß Kipp aus seiner Ansicht nicht die Konsequenzen gezogen hat und an der Realnatur von Darlehen und Verwahrung festhält.

Schloßmann[3]) führt noch gegen die Möglichkeit einer konsensualen Auffassung der Leihe an, daß nach allgemeinem Sprachgebrauch das Wort „Verleiher“ von altersher „ein wirkliches Geben, Gewähren und Überlassen einschließt“ und daher nur auf denjenigen paßt, der eine Sache verleiht oder schon verliehen hat, nicht aber auf den, der sie erst verleihen will. Er muß aber selbst zugeben, daß die Ausdrücke „Vermieter“, „Verkäufer“ genau in demselben antizipierten Sinne auch dann verwendet werden, wenn eine Übergabe der Miet- bezw. Kaufsache noch nicht stattgefunden hat.

Wir sehen also, daß die Normen des Bürgerlichen Gesetzbuchs eine konsensuale Konstruktion der Leihe wenn nicht erfordern, so doch zulassen.

c) Bei der Verwahrung zeigt sich uns dasselbe Bild wie bei den soeben behandelten „Realverträgen“. Wenn § 688 bestimmt: „Durch den Verwahrungsvertrag wird der Verwahrer verpflichtet, eine ihm von dem Hinterleger ‚übergebene‘ bewegliche Sache aufzubewahren“, so sagt er damit nicht mehr und nicht weniger als § 607 Abs. 1, dessen Wortlaut dem § 688 auch wirklich als Vorbild gedient hat.[4]) Der Satz ist völlig farblos. Er deutet mit keiner Silbe an, ob die dem Verwahrer obliegenden Pflichten schon mit der bloßen Willenseinigung oder erst mit der Übergabe entstehen. Sein Sinn ist ganz einfach der: der Verwahrer hat

---

[1]) In Windscheid, Pand. Bd. 2 S. 591.

[2]) vgl. Planck Bd. 2 S. 535; Dernburg, Bürgerl. R. Bd. 2 S. 255; Enneccerus S. 920; Matthiaß S. 318; Kuhlenbeck in JurW. 1904 S. 226 ff.

[3]) a. a. O. S. 74, gestützt auf Grimms Wörterbuch u. a.

[4]) vgl. Prot. Bd. 2 S. 391—393.

auf Grund des Verwahrungsvertrages eine Sache aufzubewahren, die ihm übergeben ist. Wie sollte er sie sonst aufbewahren? Auch hier war man zu dieser nicht gerade vielsagenden Fassung genötigt, wenn man eine Entscheidung der Frage, ob Real- oder Konsensualvertrag vorliegt, vermeiden wollte.

Zu beachten ist aber, daß die Verwahrung nach den Bestimmungen des Bürgerlichen Gesetzbuchs entgeltlich sein kann, daß sogar nach § 690 eine Vergütung als stillschweigend vereinbart gilt, wenn die Aufbewahrung den Umständen nach nur gegen eine Vergütung zu erwarten ist. Wenn aber der Verwahrer in der Lage ist, seinen Anspruch auf die Vergütung zwangsweise durchzusetzen, so muß er auch selbst zur Übernahme der Verwahrung gezwungen werden können. Worauf soll aber seine Verpflichtung beruhen, wenn der Verwahrungsvertrag erst mit der Hingabe zustande kommt?

Wie sich ferner aus § 696 ergibt, kann die Verwahrung auf bestimmte Zeit vereinbart werden. In solchem Falle ist der Verwahrer zur Aufbewahrung der Sache während dieser Zeit verpflichtet und kann gemäß § 696 Satz 2 die Rücknahme der Sache vor Ablauf des vereinbarten Zeitraums nur dann verlangen, wenn ein wichtiger Grund vorliegt. Alle diese Momente sprechen, wie Schloßmann (a. a. O. S. 76), der selbst Anhänger des Realvertrages ist, richtig bemerkt, für eine konsensuale Konstruktion des Verwahrungsvertrages. Die Entstehungsgeschichte der angezogenen Paragraphen vermag diesen Eindruck nur zu verstärken.

Aber auch wer so weit nicht gehen will, wird wenigstens zugeben, daß nach den Bestimmungen des Bürgerlichen Gesetzbuchs eine konsensuale Auffassung möglich ist.

d) Den Faustpfandvertrag, das alte pignus, brauchen wir im heutigen Recht in den Kreis unserer Untersuchungen nicht hineinzuziehen. Das Bürgerliche Gesetzbuch hat ihn unter den obligatorischen Verträgen überhaupt nicht behandelt. Es regelt im Sachenrecht das Verhältnis zwischen Verpfänder und Pfandgläubiger in den §§ 1215 ff. und setzt hierbei den Übergang des Besitzes an der Pfandsache bereits voraus. Die Frage, ob ein der Hingabe vorangehendes ernstgemeintes Versprechen rechtswirksam ist, wird vom Bürgerlichen Gesetzbuch nicht besonders behandelt, dürfte aber wohl vom Standpunkte der Vertragsfreiheit aus zu bejahen sein.

C. Der Gegensatz von Real- und Konsensualverträgen in der Praxis.

Nachdem wir im vorigen gesehen haben, daß die Normen des Bürgerlichen Gesetzbuchs einer konsensualen Auffassung der „Realverträge“ in keiner Weise entgegenstehen, bleibt uns noch übrig zu untersuchen, wie sich der Gegensatz von Real- und Konsensualverträgen in der Praxis gestaltet. Demelius[1]) hat behauptet, daß unsere Frage „in foro wenig Not“ mache. Wenn dies wirklich der Fall wäre, so würde sich der ganze Streit wenig lohnen. Aber Demelius hat unrecht. Denn die Frage, ob das Darlehen, die Leihe, die Verwahrung als Real- oder Konsensualvertrag aufzufassen ist, hat im konkreten Fall eine weittragende Bedeutung. Wohl und Wehe der Parteien hängt von ihr ab.

Es ist nun aber ganz unmöglich, an dieser Stelle die Konsequenzen der einen wie der anderen Auffassung bis ins einzelne zu verfolgen, um festzustellen, ob die Real- oder die Konsensualtheorie den Vorzug verdient. Wir müssen die Frage eklektisch behandeln und wollen daher nur die wichtigsten Punkte herausgreifen.

I. Parallele Ergebnisse beider Konstruktionen.

Zunächst ist darauf hinzuweisen, daß in mancher Beziehung die beiden Auffassungen in ihren Folgeerscheinungen nicht differieren und daß daher die Besorgnisse, welche man nach dieser Richtung hin geäußert hat, ganz unbegründet sind.

a) Dies gilt namentlich von der Frage, ob bei einer konsensualen Auffassung des Darlehens die Behauptung der Hingabe zur Substantiierung der Restitutionsklage erforderlich ist. v. Schey (a. a. O. S. 38) z. B. stellt dies in Abrede und behauptet, daß die Klage des Darlehensgebers auf Rückzahlung des Kapitals „durch die bloße Verabredung substantiiert erscheine und daß erst der Einwand des Beklagten, die Valuta nicht empfangen zu haben (exceptio non adimpleti contractus), den Kläger zum Beweise nötige“. Das gleiche Bedenken gegen die Konsensualnatur des Darlehens haben die Motive (Bd. 2 S. 306) geäußert.

Diese Besorgnis wäre aber nur dann am Platze, wenn sich die Hingabe der Darlehensvaluta als eine Repliktatsache darstellen würde, was nicht der Fall ist. Die Unterscheidung zwischen Klagetatsachen und Repliktatsachen hat nach Kohler[2]) ihren

[1]) In Iherings Jahrb. Bd. 3 S. 399.
[2]) Arch. f. bürgerl. R. Bd. 2 S. 223.

Grund darin, daß für eine erschöpfende Darstellung aller tatsächlichen Verhältnisse im Prozeß häufig kein Bedürfnis besteht, daß vielmehr eine solche Darstellung, „wo Elemente und Gegenelemente sich kontrebalanzieren, nur dann erforderlich ist, wenn der Beklagte das Gegenelement geltend macht und damit behauptet, daß es nicht kontrebalanziert ist".

Von diesem Gesichtspunkte aus wird man daher, wenn der Gläubiger nur auf Zinszahlung klagt, die Hingabe bezw. Bereitstellung des Kapitals als Repliktatsache ansehen müssen. Klagt er aber auf Rückzahlung, so ist die Hingabe Klagetatsache und gehört infolgedessen in jedem Falle mit zur Klagebehauptung. Die causa des Restitutionsbegehrens ist, wie Lammfromm (a. a. O. S. 218 Anm. 1) sagt, „die Inkongruenz von Mittel und Zweck". Da diese Inkongruenz erst mit der Hingabe eintritt, so muß die Hingabe auch behauptet und bewiesen werden, wenn die Aufhebung der Inkongruenz verlangt wird.

Wenn daher aus der angeblichen Verschiedenheit in der Substantiierungspflicht Bedenken gegen die Konsensualnatur des Darlehens geltend gemacht werden, so zeigt sich darin, um mit Schloßmann (S. 72) zu reden, „eine bemerkenswerte Unklarheit in der Auffassung des Gegensatzes von Real- und Konsensualkontrakten".

b) Zweitens hat man behauptet,[1]) es sei eine notwendige Folge der Konsensualtheorie, daß beim Darlehen der Darlehensgeber, sofern er eine zur Aufrechnung geeignete Forderung gegen den Darlehensnehmer habe, gegenüber dem Anspruch des Darlehensnehmers auf Hingabe der Valuta aufrechnen könne. Denn bei der konsensualen Konstruktion des Darlehens gehen der Anspruch des Darlehensnehmers nicht auf Abschluß des Darlehensvertrags durch Hingabe, sondern auf Zahlung einer bestimmten Summe aus dem bereits geschlossenen Vertrage. Auf diese Weise könne der Darlehensnehmer in die Lage kommen, Kapital und Zinsen zu schulden, ohne die Valuta empfangen zu haben.

Aber auch dieses Bedenken gegen die konsensuale Auffassung ist unbegründet. Die Unmöglichkeit einer solchen Manipulation des Darlehensgebers ergibt sich aus dem Zweck des Darlehensgeschäfts. Zweck des Darlehensgeschäfts ist für den Schuldner, wie Kohler[2]) richtig ausführt, die Verschaffung von Kapital zu freier Verwendung. Durch die Aufrechnung würde dieser Zweck vereitelt werden. Der Darlehensgläubiger würde den Darlehensschuldner zwingen, die Summe zur Tilgung einer bestimmten

---

[1]) vgl. Förster-Eccius S. 242/43; Mot. Bd. 2 S. 306.
[2]) Im Arch. f. bürgerl. R. Bd. 2 S. 235.

Schuld zu verwenden, und so würde in Wirklichkeit nicht mehr der Schuldner, sondern der Gläubiger über die Summe verfügen. Daher findet die Aufrechnung von seiten des Gläubigers in dem Zweck des Darlehensgeschäfts „ihre natürlichen Schranken", während der Aufrechnung von seiten des Schuldners ein Hindernis nicht entgegensteht.[1])

Wir haben also gesehen, daß es in der Praxis manche Punkte gibt, in denen die Real- und die Konsensualtheorie vollkommen parallel gehen, so daß sich auf den höheren praktischen Wert der einen oder der anderen noch kein Schluß ziehen läßt. Dies wird erst dann möglich sein, wenn wir einen Überblick über eine Reihe von Punkten haben werden, in denen beide Theorien zu einem verschiedenen Ergebnisse führen.

II. Vorzüge der konsensualen Konstruktion.

a) Der scharfe Gegensatz zwischen der Real- und der Konsensualtheorie zeigt sich zum erstenmal in vollem Licht bei der Frage, welcher Ort als Erfüllungsort für die Rückgabeverbindlichkeit des Empfängers zu gelten hat. Nach § 269 Abs. 1 BGB. hat, sofern ein Ort für die Leistung weder bestimmt noch aus den Umständen, insbesondere aus der Natur des Schuldverhältnisses zu entnehmen ist, die Leistung an dem Orte zu erfolgen, an welchem der Schuldner „zur Zeit der Entstehung des Schuldverhältnisses" seinen Wohnsitz hatte. Da nach der Realtheorie das Schuldverhältnis erst mit der Hingabe des Objekts, nach der Konsensualtheorie dagegen schon mit Erteilung und Annahme der Zusage zustande kommt, so würde, falls der Schuldner in der Zwischenzeit seinen Wohnsitz verlegt, im ersten Falle der spätere, im zweiten der frühere Wohnsitz Erfüllungsort sein.

Kohler[2]) meint allerdings, daß auch nach der Konsensualtheorie die Rückgabe dort zu erfolgen habe, wo die Hingabe erfolgt sei, und leitet dies aus dem Wesen der Rückgabe ab. Ob diese Lehre dem vor dem Bürgerlichen Gesetzbuch geltenden Rechte entspricht,[3]) mag dahingestellt bleiben. Mit der Norm des § 269 BGB. läßt sie sich keinesfalls vereinigen. Um so mehr muß man sich darüber wundern, daß Scherler (a. a. O. S. 46/47) die Kohlersche Lehre noch dazu unter Berufung auf § 269 BGB. für das geltende Recht wiederholt.

---

[1]) vgl. Kohler im Arch. f. bürgerl. R. Bd. 2 S. 236; Bürgerl. R. Bd. 2, 1 S. 212.

[2]) Im Arch. f. bürgerl. R. Bd. 8 S. 53.

[3]) Seine Abhandlung stammt aus dem Jahre 1894.

Die Folgen, welche sich dann wieder an die Verschiedenheit des Erfüllungsortes hinsichtlich des anzuwendenden Rechts und des Gerichtsstandes (vgl. § 29 ZPO.) knüpfen, können sehr weit gehen, so daß für die Parteien vielfach wichtige Lebensfragen davon abhängen werden, ob sich das Prozeßgericht der Real- oder der Konsensualtheorie anschließt. Welche von beiden aber den Vorzug verdient, wagen wir hieraus noch nicht zu entscheiden.

b) Weiterhin zeigt sich der Gegensatz zwischen der realen und der konsensualen Konstruktion in ihren praktischen Konsequenzen bei der Frage, mit welchem Zeitpunkt beim verzinslichen Darlehen dem Darlehensgeber ein Zinsanspruch erwächst.

Nach der Realtheorie ist die Verpflichtung, Zinsen zu zahlen, ein Akzessorium der Rückzahlungspflicht, weil sich in dieser der Zweck des Darlehens erschöpft. Da nun von einer Rückzahlungspflicht erst dann die Rede sein kann, wenn die Darlehenssumme übergeben ist, so kommt notwendigerweise der Zinsanspruch ebenfalls erst mit der Übergabe zur Entstehung. Hat sich also jemand mittels eines pactum de mutuo accipiendo zur Annahme eines verzinslichen Darlehens verpflichtet, und kommt er mit der Annahme in Verzug, so geht der Anspruch des Kapitalisten nicht auf Zahlung der vereinbarten Zinsen, auch nicht auf Zahlung von Verzugszinsen, sondern auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung. Da nicht die Annahme der Summe, sondern der „Konsens über ein Darlehen" den Gegenstand des Schuldverhältnisses bildet, ist der Kapitalist auch nicht in der Lage, die Darlehenssumme gemäß § 372 BGB. zu hinterlegen und so seiner Pflicht zu genügen.[1])

Beim konsensualen Darlehensvertrage, wo der eine Kontrahent die Hingabe der Valuta, der andere Kontrahent ihre Verzinsung verspricht, wo also Leistung und Gegenleistung einander gegenüberstehen, ist die Zinspflicht mit dem Augenblick begründet, wo der Kapitalist die Valuta der Verabredung gemäß für den Empfangsberechtigten bereitlegt. Wird sie von diesem nicht abgehoben, so ist der Kapitalist nunmehr berechtigt, auf Vertragserfüllung zu klagen und vom Zeitpunkt der Bereitlegung an Zinsen zu beanspruchen. „Denn mehr als Erfüllungsbereitschaft ist nicht erforderlich, um die Einrede des nicht erfüllten Vertrages aus dem Felde zu schlagen."[2])

Die Beantwortung der Frage, ob die reale oder die konsensuale Konstruktion des Darlehens brauchbarer ist und den Anforderungen des modernen Geldverkehrs besser entspricht, dürfte nach dem Gesagten nicht schwer sein.

---

[1]) vgl. v. Schey S. 38, 175; Eisele a. a. O. S. 33.
[2]) v. Schey S. 38.

c) Auf prozessualem Gebiet hat die konsensuale Konstruktion des verzinslichen Darlehens eine wichtige Folge. Klagt nämlich der Darlehensgeber eine fällige Zinsrate ein, so braucht er, um seine Klage zu substantiieren, nicht die Hingabe der Valuta, sondern nur den Abschluß des konsensualen Darlehensvertrags zu behaupten, da die Zinszahlungspflicht des Darlehensnehmers nicht auf dem Empfange der Valuta, sondern auf dem Konsens beruht. Bleibt also der Beklagte aus oder verhandelt er im Termin nicht zur Sache, so kann er nach § 331 ZPO. durch Versäumnisurteil zur Zahlung der Zinsen verurteilt werden. Denn durch das tatsächliche mündliche Vorbringen des Klägers wird der Klageantrag gerechtfertigt.

Vom Standpunkte der Realtheorie aus betrachtet, umfaßt die Substantiierungspflicht des Klägers in jedem Falle die Hingabe der Valuta, da ja ohne sie ein Darlehensvertrag nicht zustande kommt. Wird also die Hingabe vom Kläger nicht behauptet, so kann ein Versäumnisurteil im Hinblick auf § 331 Abs. 2 ZPO. nicht ergehen. Das Gericht müßte den Kläger ab actione abweisen. Auch hier führt also die Konsensualtheorie eher zum Ziele.

d) Ganz besonders scharf muß der Gegensatz zwischen Real- und Konsensualtheorie bei allen Rechtsfragen hervortreten, deren Entscheidung die Beantwortung der Vorfrage erfordert, mit welchem Augenblick ein unter die „Realverträge" zu subsumierendes Rechtsgeschäft zustande gekommen ist. So bei der Frage, wann ein Darlehensmäkler seinen Lohn beanspruchen kann. Nach der Realtheorie ist das vermittelte Darlehensgeschäft erst mit der Hingabe der Darlehensvaluta abgeschlossen. So hat denn auch das Reichsgericht in einem seiner Kognition unterliegenden Falle[1]) folgerichtig entschieden, daß der Anspruch auf den Mäklerlohn erst dann entstanden sei, wenn der Darlehensnehmer die Valuta empfangen habe. Nach der Konsensualtheorie dagegen kann der Mäkler seinen Lohn von dem Augenblick an fordern, wo sich die Parteien über das zu gebende Darlehen geeinigt haben.

e) Von wie hervorragender Bedeutung der Gegensatz von Real- und Konsensualverträgen in seiner Anwendung auf die Praxis für die rechtliche und wirtschaftliche Stellung ganzer Berufszweige im modernen Volkskörper ist, zeigt sich namentlich bei zwei Fragen, die miteinander in engem Zusammenhang stehen: bei den Fragen, ob der Anspruch aus einem Darlehensversprechen abtretbar und pfändbar ist.

---

[1]) RG. Bd. 39 S. 232.

Die Realtheorie muß von ihrem Gesichtspunkte aus beides verneinen. Beruht nämlich der Anspruch des kreditsuchenden Teils auf einem Vorvertrage zu einem in Zukunft abzuschließenden Realvertrage, so ist die Möglichkeit einer Abtretung konstruktiv nahezu ausgeschlossen. Denn der Anspruch aus dem Vorvertrage geht nicht auf Zahlung einer Summe, sondern auf eine Leistung, „welche als Darlehen credendi causa, d. h. mit der Wirkung erfolgen soll, daß sie den Empfänger zum Schuldner macht".[1] Nimmt man dagegen an, wie wir es bisher getan haben, daß der Darlehensvertrag zwischen den Parteien durch bloßen Konsens geschlossen wird, so steht einer Abtretung des Anspruchs auf die Valuta grundsätzlich nichts entgegen.

Dies ist natürlich nicht in dem Sinne zu verstehen, daß nunmehr ein Dritter völlig an die Stelle des Zedenten tritt und zu Zinszahlung und Rückzahlung des Kapitals statt seiner verpflichtet ist. Das wäre ja Schuldübernahme. Und die braucht sich kein Gläubiger gefallen zu lassen (vgl. § 415 BGB.). Sonst wären in der Tat die Bedenken, welche die Motive gegen die Konsensualnatur des Darlehens geäußert haben, berechtigt. Abgetreten wird vielmehr nur der Anspruch auf die Geldsumme. Zinsen und Kapital schuldet nach wie vor der Zedent. Allerdings bedeutet die Hingabe der Valuta, wie wir oben gesehen haben, den Eintritt der condicio iuris für das Aktuellwerden der Rückgabepflicht. Aber „indem sich der Schuldner der Empfangnahme selbst begibt, geschieht die Auszahlung an den Zessionar mit derselben Wirkung, wie wenn dem Schuldner geleistet würde".[2]

Man kann gegen die Abtretung des Anspruchs auf die Darlehensvaluta auch nicht einwenden, daß durch dieses Rechtsgeschäft die Sicherheit der Rückzahlung gefährdet sei. Auch der Empfang des Geldes durch den Darlehensnehmer bietet ja für die Rückzahlung keine sichere Gewähr. Denn wie Kohler[3] treffend sagt, kann ja das Geld „im zweiten Augenblick schon verschwunden sein".

Wie wünschenswert die rechtliche Möglichkeit einer solchen Abtretung ist, zeigt sich bei einem Darlehensgeschäft, das in der Gegenwart eine immer größere Bedeutung gewinnt, dem Baugeldervertrage.[4] Die Darlehensvaluta pflegt hier ratenweise gezahlt zu werden, und der Bauherr hat häufig ein großes Interesse daran, den Anspruch auf eine einzelne Ratenzahlung an die Bauhandwerker und Lieferanten oder an andere Personen, welche den

---

[1] vgl. RG. Bd. 32 S. 365; Eisele a. a. O. S. 40; Regelsberger in Endemanns Handb. Bd. 2 S. 420.

[2] Scherler a. a. O. S. 48.

[3] Im Arch. f. bürgerl. R. Bd. 2 S. 236.

[4] Zum Folgenden vgl. Strzyby, Wesen des Baugeldervertrages S. 30 ff.

Bau haben fördern helfen,[1]) abzutreten. Diese Möglichkeit ist ihm verschlossen, wenn man den Baugeldervertrag als pactum de mutuo dando konstruiert, durch dessen Erfüllung der Darlehensvertrag erst zustande kommt. Der Anspruch gegen den Baukapitalisten auf künftigen Abschluß eines Vertrages ist für den Bauherrn so gut wie wertlos. Anders, wenn man den Baugeldervertrag als fertigen Darlehensvertrag ansieht. Hier kann er den Anspruch auf Zahlung des Baugeldes sofort zur Befriedigung der Baugläubiger benützen. Häufig wird also die ganze wirtschaftliche Existenz des Bauherrn von der Frage der Abtretbarkeit abhängen. Man sieht, wie sehr die Konsensualtheorie der Realtheorie an praktischem Wert überlegen ist.

Beim Baugeldervertrage hat das Reichsgericht[2]) auch anerkannt, daß der Rechtsverkehr die Abtretbarkeit gebieterisch fordert. Es hat daher zwischen den feindlichen Theorien eine Brücke zu schlagen versucht und die Abtretung für rechtsgültig erklärt, weil in der Abtretung die Erklärung zu finden sei, daß sich der Zedent die vom Darlehensgeber an den Zessionar gezahlte Summe „anrechnen lassen wolle". Leider ist es aber damit auf halbem Wege stehen geblieben. Denn der Zessionar ist unter diesen Umständen in der Tat nur eine „Zahlungsstelle" des Zedenten.

Wenn aber der Zedent ungeachtet der Abtretung zu Zinszahlung und Restitution verpflichtet ist und nur das Kapital oder ein Teil desselben in die Hände Dritter gelangt, so sieht man nicht ein, warum der Zessionar nicht einen Anspruch gegen den Kapitalisten zu eigenem Recht erhalten soll. Denn schließlich kann es doch dem Darleiher gleichbleiben, wer das Geld bekommt, wenn nur die ursprünglich verpflichtete Person rückzahlungspflichtig bleibt.[3]) Für den Notfall hat der Darleiher ja in § 399 BGB. eine wirksame Waffe.

f) Die Frage der Abtretbarkeit des Anspruchs auf die Valuta geht mit der Frage der Pfändbarkeit Hand in Hand. Bejaht man die erste, so muß man auch die zweite bejahen. Denn § 851 Abs. 1 ZPO. bestimmt: „Eine Forderung ist in Ermanglung besonderer Vorschriften der Pfändung nur insoweit unterworfen, als sie übertragbar ist". Da der Anspruch aus einem pactum de mutuo dando auf künftigen Abschluß eines Darlehensvertrages, wie wir oben gesehen haben, nicht abgetreten werden kann, so ist er auch der Pfändung nicht unterworfen.

---

[1]) In Anbetracht der Zweckbestimmung ist eine Abtretung an Privatgläubiger ausgeschlossen; vgl. Strzyby a. a. O.

[2]) RG. Bd. 38 S. 308 ff.

[3]) Strzyby S. 31.

Nach Auffassung der Konsensualtheorie hingegen ist der Anspruch auf Zahlung der Valuta regelmäßig abtretbar. Er kann daher unter denselben Umständen gemäß § 851 Abs. 1 ZPO. gepfändet werden. Ein Baugläubiger z. B. ist in allen Fällen, wo der Bauherr seinen Anspruch auf eine Baugelderrate an ihn abtreten kann, in der Lage, diesen Anspruch gemäß §§ 829, 835 ZPO. pfänden und sich überweisen zu lassen.

Aber selbst dann, wenn auf Grund von § 399 BGB. die Abtretung der Forderung ausgeschlossen sein sollte, wäre die Pfändung zulässig. Denn nach § 851 Abs. 2 ZPO. kann eine nach § 399 BGB. nicht übertragbare Forderung insoweit gepfändet und zur Einziehung überwiesen werden, als der geschuldete Gegenstand überhaupt einer Pfändung unterworfen ist. Und eine geschuldete Geldsumme ist ja der Pfändung „in hervorragendem Maße" unterworfen.[1])

g) Wie einfach sich auf dem Gebiete des materiellen wie des formellen Rechts der Verkehr der Rechtsgenossen untereinander gestaltet, wenn man den „Realverträgen" eine konsensuale Konstruktion gibt, zeigt sich auch dann, wenn von seiten der Rechtsordnung die Erfüllung eines bindenden Versprechens erzwungen werden soll. Würde nämlich die Realtheorie ihr Prinzip konsequent durchführen, so würde sie hier auf nahezu unüberwindliche Schwierigkeiten stoßen.

Ist z. B. jemandem ein Darlehen oder die Überlassung einer Sache zu unentgeltlichem Gebrauch versprochen worden, und faßt man das Versprechen als pactum de contrahendo auf, so hat der Empfänger des Versprechens keinen Anspruch auf die Summe bezw. Sache, sondern nur einen Anspruch auf Abschluß des Darlehens- bezw. Leihvertrages. Kommt jetzt der Gegenkontrahent seiner Verpflichtung nicht nach, so kann er auf Antrag des Berechtigten strenggenommen nur zur Mitwirkung bei dem Vertragsschluß, nicht zur Zahlung der Summe oder Überlassung der Sache verurteilt werden.

Mit diesem Urteile ist aber der Berechtigte um nichts gebessert. Ginge die Klage auf Mitwirkung zum Abschlusse eines konsensualen Hauptvertrages, würde also die Abgabe einer Willenserklärung den Gegenstand des Begehrens bilden, so wäre mit der rechtskräftigen Verurteilung des Beklagten der Hauptvertrag geschlossen. Denn nach § 894 ZPO. gilt die Willenserklärung als abgegeben, sobald das Urteil die Rechtskraft erlangt hat. Da aber der Realvertrag nach herrschender Lehre in einer untrennbaren Verbindung dinglicher und obligatorischer Elemente besteht,

---

[1]) vgl. Strzyzny S. 33.

so kommt die Bestimmung des § 894 für ihn nicht in Betracht. Der siegreiche Kläger kann das Urteil weder gemäß §§ 803 ff. noch gemäß §§ 883 ff. ZPO. vollstrecken. Denn diese Bestimmungen betreffen nur die Zwangsvollstreckung wegen Geldforderungen und die Zwangsvollstreckung zur Erwirkung der Herausgabe von Sachen. Das Urteil geht aber auf Mitwirkung bei einem Vertragsschluß. Es bliebe höchstens der Weg des § 888 ZPO.

Natürlich werden diese letzten Konsequenzen von der Realtheorie nicht gezogen. Man lehrt ganz einfach, daß der Klagantrag auf „Auszahlung des Versprochenen", auf „Überlassung der Leihsache" usw. zu richten und der Beklagte demgemäß zur Leistung credendi causa zu verurteilen sei,[1]) ohne zu bedenken, daß man dabei nicht ganz folgerichtig verfährt. Mit Hilfe dieser kleinen Inkonsequenz gelangt man praktisch zu demselben Ergebnis wie die Konsensualtheorie.

Die letztere nimmt in den genannten Fällen kein pactum de contrahendo mit nachfolgendem realen Hauptvertrage, sondern einen einheitlichen Konsensualvertrag an. Werden die hieraus resultierenden Pflichten nicht erfüllt, so kann der säumige Teil zur Leistung verurteilt und die Zahlung der Darlehensvaluta gemäß §§ 803 ff., die Überlassung der Leihsache gemäß §§ 883 ff. erzwungen werden. Denn es handelt sich hier um Erzwingung eines „rein dinglichen Akts".[2])

b) Eine praktische Verschiedenheit beider Theorien liegt noch darin, daß im Falle der Ungültigkeit eines Darlehensvertrages bei konsensualer Konstruktion der Darlehensgeber vom Darlehensnehmer die Herausgabe des empfangenen Betrages auf Grund von § 814 BGB. (der alten condictio indebiti), bei realer Konstruktion auf Grund von § 812 BGB. (der condictio sine causa) verlangen muß. Es wird nun behauptet, daß der Darlehensgeber im ersten Fall seinen Irrtum beweisen müsse, während im anderen Falle dieser schwierige Beweis nicht erforderlich und darum der Darlehensgeber bei der realen Konstruktion besser gestellt sei.[3])

Dies trifft aber nicht zu. Denn wie Planck (Bd. 2 S. 943) ausführt, hat auch nach § 814 BGB. der Kläger nur darzulegen, daß er zum Zwecke der Erfüllung einer bestimmten Verbindlichkeit geleistet hat, und daß diese Verbindlichkeit nicht besteht. Er

---

[1]) Cohn in Endemanns Handb. Bd. 3 S. 857.

[2]) vgl. zum vorigen die Ausführungen von Regelsberger in Endemanns Handb. Bd. 2 S. 419; Cohn ebenda Bd. 3 S. 857; Endemann, Lehrb. Bd. 1 S. 617 Anm. 9; Geller, Vorvertrag S. 29; Kohler im Arch. f. bürgerl. R. Bd. 8 S. 52; Scherler a. a. O. S. 49 ff.

[3]) vgl. hierzu v. Schey S. 39; Krahmer S. 19; Endemann, Lehrb. Bd. 1 S. 1294; and. M. Kohler im Arch. f. bürgerl. R. Bd. 8 S. 53.

braucht nicht noch außerdem zu beweisen, daß die Leistung durch einen Irrtum über das Bestehen der Verbindlichkeit veranlaßt ist.[1]) Seine prozessuale Lage ist also nicht ungünstiger als im Falle des § 812, wo er beweisen muß, daß der Beklagte auf seine, des Klägers, Kosten etwas erlangt hat, und daß hierfür ein rechtlicher Grund nicht vorhanden ist.

i) Ob man einen Vertrag als einseitigen Realvertrag mit vorangehendem Vorvertrage oder als zweiseitigen Konsensualvertrag auffaßt, ist auch auf dem Gebiete des Konkursrechts nicht ohne Bedeutung, insbesondere bei der Frage, ob der Konkursverwalter in einen vom Gemeinschuldner vor der Eröffnung des Konkurses mit einem Dritten abgeschlossenen Vertrag, z. B. in einen Baugeldervertrag, eintreten kann. § 17 KO. bestimmt nämlich, daß der Konkursverwalter nur dann an Stelle des Gemeinschuldners den Vertrag erfüllen und die Erfüllung von dem anderen Teile verlangen kann, wenn es sich um einen „zweiseitigen" Vertrag handelt. Die Tragweite dieser Bestimmung ist aber bestritten, da die Konkursordnung an keiner Stelle angibt, was man unter einem zweiseitigen Vertrage im Sinne des genannten Paragraphen zu verstehen hat, und auch im bürgerlichen Recht über den Begriff mannigfache Kontroversen obwalten.[2])

Wenn wir nun bestimmen wollten, welche Verträge unter § 17 KO. fallen, je nachdem man sich auf den Standpunkt der Real- oder der Konsensualtheorie steht, so müßten wir nicht nur auf den Begriff des zweiseitigen Vertrages tiefer eingehen. Wir wären auch gezwungen, sonstige Bestimmungen der Konkursordnung, insbesondere den § 25, in den Kreis unserer Betrachtung hineinzuziehen. Und das würde über den Rahmen unserer Arbeit weit hinausgehen. Wir müssen daher an dieser Stelle darauf verzichten, darzustellen, inwieweit sich der Gegensatz zwischen beiden Theorien bei Bestimmung der Tragweite des § 17 KO. äußert. Doch läßt sich wenigstens so viel sagen, daß dem Eintrittsrecht des Konkursverwalters bei einer konsensualen Konstruktion der „Realverträge" nicht so enge Grenzen gesteckt sind wie bei einer realen.

---

[1]) vgl. auch RG. Bd. 60 S. 420.
[2]) vgl. die Literaturangabe bei Krahmer, Gegens. Verträge S. 80 Anm. 81.

Schlußwort.

Wir glauben im Laufe unserer Untersuchung dargetan zu haben, daß die konsensuale Konstruktion vor der realen in jeder Beziehung den Vorzug verdient. Sie besitzt eine größere Elastizität und zwingt die Parteien nicht unnötigerweise, zu allerhand Notbehelfen zu greifen, um auf Umwegen ans Ziel zu gelangen. Es wäre daher mit Freuden zu begrüßen, wenn einmal die Konsensualtheorie über die gegenwärtig herrschende Lehre den Sieg davontrüge.

Um Mißverständnissen vorzubeugen, wollen wir zum Schluß nicht verfehlen, darauf hinzuweisen, daß die Parteien die Rechtswirksamkeit eines Vertrages selbstverständlich auch an einen realen Akt knüpfen können, so gut wie sie miteinander vereinbaren können, daß ein Vertrag zu seiner Gültigkeit der notariellen Beurkundung bedarf. Wählen sie diesen Weg, so ist gar nichts dagegen einzuwenden, zumal wir ja heute den Grundsatz der Vertragsfreiheit haben. Von seiten der Rechtsordnung aber die Geltung eines Vertrages von einem Realakt abhängig zu machen, dazu fehlt es in heutiger Zeit an jeder Veranlassung.

Spezialdruckerei für Dissertationen, Robert Noske, Borna-Leipzig.

Lebenslauf.

Am 5. Mai 1885 wurde ich, Alfred Herbert Spaethe, Sohn des Herzogl. Braunschweig. Oberförsters a. D. Emil Spaethe und seiner Ehefrau Fanny geb. Speer, zu Forsthaus Wilhelmshütte, Kr. Großwartenberg, geboren. Ich bin evangelischen Bekenntnisses und preußischer Staatsangehörigkeit.

Im Jahre 1894 kam ich mit meinen Eltern nach Öls in Schl. und erhielt meine Schulbildung auf dem Königl. Gymnasium daselbst, das ich Michaelis 1906 mit dem Zeugnis der Reife verließ. Ich widmete mich darauf sechs Semester lang dem Studium der Rechte und Staatswissenschaften, und zwar während des ersten Semesters in Breslau, während des zweiten in Freiburg i. Br., die übrige Zeit wieder in Breslau.

Am 24. November 1910 bestand ich am Königl. Oberlandesgericht zu Breslau die erste juristische Prüfung und am 9. Dezember gleichen Jahres das Rigorosum.

Zurzeit bin ich dem Königl. Amtsgericht zu Schmiedeberg i. Rsgb. zur Ausbildung überwiesen.